الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي

نظرية الضمان

أو

أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

دار الفكر
دمشق - سورية
دار الفكر المعاصر
بيروت - لبنان

وهبة الزحيلي

-من مواليد دير عطية /سورية 1932م.

-دكتوراه في الحقوق (الشريعة الإسلامية) من جامعة القاهرة.

-تقلب في الوظائف التربوية والعلمية والإدارية في جامعة دمشق وغيرها.

-له ما يزيد عن **50** كتاباً، منها:

- آثار الحرب.
- نظرية الضرورة الشرعية.
- نظرية الضمان.
- الفقه الإسلامي وأدلته 9 مجلدات.
- التفسير المنير 16 مجلداً.
- أصول الفقه الإسلامي مجلدان.
- نظام الإسلام في العقيدة.
- نظام الحكم والعلاقات الدولية.
- مشكلات العالم الإسلامي.

هذا غير البحوث المقدمة إلى المؤتمرات والمقالات الهامة في الدوريات.

بسم الله الرحمن الرحيم

نظرية الضمان

أو

أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

نظرية الضمان، أو، أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنـــة / وهبـــة الزحيلـــي.- دمشق: دار الفكر، ١٩٩٨.- ٣٠٤ص؛ ٢٤سم.

ISBN: 1-57547-488-3

١-٢١٧ ز ح ي ن ٢- ٢١٦,١٩ ز ح ي ن ٣- ٣٤٦,٠٣
ز ح ي ن ٤-العنوان ٥- العنوان البديل ٦-الزحيلي

مكتبة الأسد

الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي
عضو المجامع الفقهية العالمية

نظرية الضمان

أو

أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي

دراسة مقارنة

دار الفكر
آفاق معرفة متجددة

ثقافة الاختلاف

2012=1433

دار الفكـــر – دمشـــق
٠٠٩٦٣ ١١ ٢٠٠١

دار الفكر المعاصر – بيروت
٠٠٩٦١ ١ ٨٦٠٧٣٩

http:/www.fikr.com - e-mail:fikr@fikr.net

نظرية الضمان

أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية

أ. د. وهبة الزحيلي

الرقم الاصطلاحي: ٠٢٤٣.٠١١

الرقم الدولي: ISBN: 1-57547-488-3

الرقم الموضوعي: ٣٤٠ (القانون – الحقوق)

٣٠٤ص، ١٧ × ٢٥ سم

الطبعة التاسعة : ١٤٣٣هـ = ٢٠١٢م

الطبعة الثانية المعدلة : ١٩٨٢م

المحتوى

تقديم ١٥

الباب الأول
النظريـة العامة للضّمان

الفصل الأول : مقومات الضمان الأساسية ٢١
المبحث الأول: حقيقة الضمان ومشروعيّته ٢١
أولاً : تعريف الضمان أو ماهيته ٢١
ثانياً : مشروعية التضمين أو منشأ المسؤولية ٢٢
المبحث الثاني : أركان الضمان ٢٤
مذاهب الفقهاء في التعسف في استعمال الحق ٢٧
فتح القفص ونحوه ٣٣
فتح وعاء السمن ٣٤
الترويع ٣٥
الحبس أو الحيلولة ٣٦
انتفاء السببية ٣٧
المطلب الأول : طروء سبب آخر في إحداث الضرر ٣٧
المطلب الثاني : تعدد الأسباب ٤٠

حالات مستثناة من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب ٤٣

١- ضمان المتسبب وحده ٤٣

٢- ضمان المتسبب والمباشر معاً ٤٥

المطلب الثالث : تسلسل الأضرار ٤٨

المبحث الثالث : شرائط الضمان ٥٧

المبحث الرابع : أسباب التضمين الشرعية أو مصادر الضمان ٦١

الفروق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف ٧٤

حالات مختلف فيها : هل هي من ضمان العقد أم من ضمان اليد ... ٧٧

مقارنة ٧٩

المبحث الخامس : الواجب في الضمان: التعويض ٨٢

المطلب الأول : مبدأ التعويض ٨٢

المطلب الثاني : كيفية التعويض أو شكل التعويض ٨٥

المطلب الثالث : تقدير التعويض ووقت تقديره ٨٩

مقارنة ٩٢

المطلب الرابع : تقادم الحق في التعويض ٩٣

مقارنة ٩٥

المطلب الخامس : حالات خاصة من الضمان ٩٦

المطلب السادس : النزول عن الحق في التعويض ٩٨

الفصل الثاني : آفاق الضمان ١٠١

المبحث الأول : محل الضمان: الأمانات والمضمونات ١٠١

هل العقارات من الأعيان المضمونة؟ ١٠٦

مقارنة ١١٧

المبحث الثاني : أقسام الضمان وأنواعه ١١٨

أولاً - تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره ١١٨
ثانياً- تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعاً ١٢١
ثالثاً - تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره وتحوله ١٢٣
١- غاصب الغاصب وهلاك المغصوب أو إتلافه ١٢٤
٢- وديع الوديع ١٢٥
٣- المستعير من المستعير أو من المستأجر ١٢٦
٤- المستأجر من المستأجر أو من المستعير ١٢٧
٥- مضارب المضارب ١٢٧
٦- وكيل الوكيل ١٢٨
٧- المشتري من الوكيل ١٢٩
المبحث الثالث : عقود الضمان ١٢٩
إذا هلك بعض المبيع بعد القبض ١٣١
المبحث الرابع : عقود الأمانة ١٣٧
من الذي يتحمل تبعة الهلاك في الشركات؟ ١٤١
المبحث الخامس : العقود المزدوجة الأثر ١٤٣
من الذي يتحمل تبعة هلاك المأجور في إجارة المنافع؟ ١٤٥
من الذي يتحمل تبعة الهلاك في إجارة الأعمال؟ ١٤٨
المبحث السادس : يد الأمانة ويَد الضمان ١٥٣
أ- تأثير السبب الأجنبي على الضمان ١٥٥
ب- تغير صفة وضع اليد ١٥٥
جـ- ضمان الأمانات بالموت عن تجهيل ١٥٨
د- هل يؤثر الشرط في تغيير صفة وضع اليد؟ ١٥٩
هـ- متى يبرأ الشخص الأمين من الضمان؟ ١٦٠

و- هل يد الملتقط يد أمانة أم يد ضمان؟ ١٦١
الفصل الثالث : قواعد الضمان الفقهية ١٦٤
١- **إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر** ١٦٤
ما يستثنى من هذه القاعدة ١٦٦
أولاً- تضمين المتسبب وحده ١٦٦
ثانياً- تضمين المتسبب والمباشر معاً ١٦٨
٢- **«المباشر ضامن وإن لم يتعمد»** (م ٩٢ مجلة). ١٧١
٣- **«المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد»** (م٩٣ مجلة) ١٧٢
٤- **«يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مُجْبِراً»** (م٨٩ مجلة). .. ١٧٥
٥- **«الضرر يزال»** (م٢٠مجلة) ١٧٧
٦- **«تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره»**. .. ١٧٩
٧- **«لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه»** ١٨٠
٨- **«الجواز الشرعي ينافي الضمان»** (م٩١ مجلة) ١٨٣
٩- **«الخراج بالضمان»** ١٨٥
١٠ - **«الأجر والضمان لا يجتمعان»** (م٨٦ مجلة) ١٨٧
١١- **«الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه»**. ١٨٩
١٢- **«الاضطرار لا يبطل حق الغير»** (م٣٣ مجلة). ١٩٠
١٣- **«ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه»** ١٩٢
١٤- **«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»** ١٩٤
١٥- **«إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل»** (م٥٣ مجلة) ١٩٥
١٦- **«لا ضمان على المبالغ في الحفظ»** ١٩٥
١٧- **«يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام الضمان على الغير»** .. ١٩٦
١٨- **«جناية العجماء جُبَار»** (م٩٤ مجلة) ١٩٦

١٩- «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م٨٣ مجلة) ١٩٨
٢٠- «الإجازة تلحق الأفعال» ٢٠٠

الباب الثاني
الضمان في نطاق المسؤولية المدنية

الفصل الأول : أهم حالات الضمان في المسؤولية العقدية ٢٠٣
أ- الضمان في عقد البيع ٢٠٣
ب- الضمان في عقد الإيجار ٢٠٦
جـ- الضمان في عقد الإيداع ٢١٠
د- الضمان في عقد الإعارة ٢١١
هـ- الضمان في عقد الرهن ٢١١
و- الضمان في عقد الوكالة ٢١٢
مقارنة ٢١٤
الفصل الثاني : أهم حالات الضمان في المسؤولية التقصيرية ٢١٦
أولاً- ضمان الفعل الشخصي ٢١٦
ثانياً - ضمان فعل الغير ٢١٨
ثالثاً - ضمان الأشياء ٢٢١
١- جناية الحيوان ٢٢٢
٢- سقوط البناء أو الحائط ٢٢٤
٣- تبعة الجمادات الخطرة ٢٢٦
الفصل الثالث : عوارض المسؤولية ٢٢٧
الفصل الرابع : إثبات المسؤولية ٢٣١

الباب الثالث
الضمان في نطاق المسؤولية الجنائية

تمهيد ٢٣٥

مبادئ العقاب الجنائي في الإسلام ٢٤٤

١- لا يطل دم إلا بحق ٢٤٤

٢- لا يسأل أحد عن جريرة أحد، أو مبدأ الشخصية الجزائية ٢٤٧

٣- الشريعة أساس الحكم على الجريمة والعقاب ٢٥٠

٤- الحاكم هو الذي يتولى تطبيق العقاب الجنائي ٢٥٧

٥- تكافؤ الدماء والمساواة في العقوبات ٢٥٩

٦- القصاص لا يتجزأ ٢٦١

٧- إذا سقط الحق الخاص في العقاب بقي الحق العام ٢٦٥

٨- لا قصاص في الجروح حتى يبرأ المجني عليه ٢٦٧

٩- عمد الصبي وخطؤه سواء ٢٦٨

١٠- درء العقوبات الشرعية المقدرة بالشبهات ٢٦٩

الفصل الأول : ضمان النفس الإنسانية ٢٧٢

المبحث الأول : العقوبة الأصليّة لجريمة القتل (القصاص) ٢٧٢

جناية الآباء على الأبناء وعلى العكس ٢٧٥

جناية الصبيان ونحوهم ٢٧٧

المبحث الثاني : العقوبة البدلية والعقوبة التبعيّة (الدية - حرمان الميراث والوصية) ٢٧٩

عقوبة الإجهاض أو الجناية على الجنين ٢٨٣

المبحث الثالث : ضمان الأنفس بسبب تنفيذ العقوبات الشرعية ٢٨٥

الفصل الثاني : ضمان الجناية على ما دون النفس ٢٨٨

الشرائط الخاصة في قصاص الجناية على ما دون النفس ٢٩٠

آ- الحالات التي تجب فيها الدية الكاملة ٢٩٣

ب- ما يجب فيه الأرش المقدر ٢٩٥

ج - ما يجب فيه أرش غير مقدر (حكومة عدل) ٢٩٦

الفصل الثالث : ضمان الأموال بسبب الجرائم المخلة بالأمن ٢٩٨

أ- جريمة السرقة ٢٩٨

ب- جريمة المحاربة أو قطع الطريق ٣٠٠

ج- جريمة البغاة ٣٠٠

د- جرائم المرتدين ٣٠٢

الخاتمة ٣٠٣

﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾

قرآن كريم

«لا ضرر ولا ضرار»

حديث شريف

«الخراج بالضمان أو الغرم بالغنم»

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

الحمد لله الذي أقام العدل بين الناس، وجعله أساساً في فض المنازعات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أعلن بكل صراحة مبدأ احترام حقوق الإنسان، وحمى النفس والمال والعرض من كل اعتداء.

وبعد: فموضوع هذا الكتاب يبحث في نظرية ضمان الأنفس والأموال بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأً، مما يؤدي إلى هلاكها أو تلفها ويوجب تعويض صاحبها عنها، حفاظاً على الحقوق، وصيانة لها من كل أذى، وتطبيقاً لمبدأ العدالة الذي قامت عليه شريعة الإله والسماوات والأرض، وجعلته القانون الأبدي الذي يحكم علاقات الناس الاجتماعية، ويستهدفه الحكام والقضاة في قضايا الفصل في الخصومات، لأن للنفوس والأموال حرمةً عظيمة عند الله سبحانه، والمال في تقدير صاحبه قرين الروح.

وهذا الموضوع له أهمية كبرى في نطاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لأن أكثر المنازعات تقع فيه، وسؤال العلماء يتردد عنه، حتى إن العالم ليُسأل مراراً عن حوادث الإتلاف المتكررة في الحياة الواقعية الجارية بين الكبار والصغار، قائلين: هل يجوز أكل الغرامات؟ وهل يحكم بالتعويض الكامل عن كل ضرر مباشر يلحق المتضرر، سواء أكان مادياً أم معنوياً؟ وهل التعويض عيني، أم نقدي؟ وهل يشترط في الإسلام - كما هو مقرر قانوناً - أن يكون التعويض مساوياً للضرر بحيث يشمل الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته؟

هذه تساؤلات كثيرة حول «الضمان أو التضمين» على حد تعبير فقهاء الإسلام،

الذي يقابله عند فقهاء القانون اصطلاح «**المسؤولية**[(١)] القانونية عن الفعل الضار أو العمل غير المشروع» سواء أكانت مسؤولية تعاقدية أم مسؤولية تقصيرية. والكلام في ذلك يشغل فكري لعدم وجود مصادر مباشرة ميسرة في الموضوع منذ عام ١٩٥٨ حيث ألقيت محاضرة لانتقاء معيدين في كلية الشريعة بدمشق بتاريخ ١٢/١١ من هذا العام موضوعها «النظرية العامة لضمان اليد» وبعبارة أخرى «الفكرة العامة ليد الأمانة ويد الضمان».

ومن المعلوم أن الفعل الضار أو غير المشروع هو من أهم مصادر الالتزام في الشريعة والقانون المدني، ومصادر الالتزام شرعاً خمسة: هي العقد، والإرادة المنفردة، والعمل الضار، والعمل النافع، والشرع. وهي تقابل عند القانونيين: «العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء بلا سبب، والقانون».

ومثال الإثراء بلا سبب: من أدّى دين غيره بأمره، أو اشترى شيئاً ثم تبين أنه مستحق لغيره، أو دفع ديناً يظنه على نفسه ثم تبين أنه كان بريئاً منه، فيرجع على الآمر في المثال الأول، وعلى البائع في المثال الثاني، وعلى الدائن القابض في المثال الثالث.

وليست المسؤولية الجنائية أقل أهمية من المسؤولية المدنية، بل إنها على العكس أعظم خطورة، وأكبر إثماً، وأفحش أثراً، فهي قد تنشأ عن جريمة تضر بالمجتمع، والعقوبة فيها على الأكثر - على حد تعبير الشرعيين - من حقوق الله تعالى أي حق المجتمع، أما المسؤولية المدنية فتنشأ عن جريمة لا تمس إلا الفرد المتضرر، والعقاب فيها من حقوق العباد أو الأشخاص، ومن المعروف أن حق الله لا يقبل الإسقاط ولا الإبراء ولا العفو عنه، ولا الصلح والاعتياض عنه، ولا يورث. وأما حقوق الآدميين أو حقوق الأشخاص فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعارضة عليها والتوارث.

وسأهتم بعون الله تعالى ببيان النواحي العملية والحلول الواقعية لمشكلة

(١) الأصح لغة أن يقال: «التبعة» والمسؤولية اصطلاح قانوني، وهي مصدر صناعي معناه كون الإنسان مؤاخذاً مسؤولاً عن أعماله.

التضمين، مفصلاً الكلام بالذات على الحالات التي تستوجب الضمان عند فقهاء الشرع، وأما الكلام على النواحي النظرية والمناقشات الفقهية التي تصطبغ بها مؤلفات القانونيين غالباً عند بحث أوضاع المسؤولية التقصيرية وغيرها، فإنه سيكون بقدر محدود حسب مقتضيات البيان الوارد هنا.

ومنهجي في البحث أن أعرض ما عليه فقه المذاهب الأربعة أولاً في نظرية الضمان مبيناً حالات الاتفاق والاختلاف فيما بينها في أهم المسائل، مع اعتبار المذهب الحنفي هو الأساس العام للأحكام المذكورة، ثم أذكر أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المطبق في سورية ومصر، مقارناً بينهما على نحو عام، ومبيناً سبق الفقهاء الإسلاميين إلى بحث أبرز ما أنتجه الفكر القانوني الحديث، علماً بأنه ليس مستغرباً وجود اختلاف في الرأي، فإنه للفقه الإسلامي أصالته ونظرته البعيدة واستقلاله عن كل ما عداه من النظم القانونية، وأما النظريات والآراء القانونية فهي في تغير وتبدل، ولا يمكن القول بأنها وصلت إلى الذروة المثالية، أو أن الأحكام القانونية لها صفة الخلود والدوام، لذا فإن ما هو قانوني مخالف لفقه الإسلام قد يتفق معه في المستقبل إذا تغيرت آراء فقهاء القانون يوماً ما، وإن كان لا مانع أحياناً من الأخذ ببعض النظريات القانونية التي تلتقي مع مقاصد الإسلام العامة، لأن فقه الفقهاء قابل للتطور كما هو معلوم.

فمجال المقارنة بين فقهنا العظيم وآراء القانونيين حاصل إذن في حدود ما هو قائم ومطبق فعلاً، بقطع النظر عن احتمال تغير القوانين في المستقبل حسب متطلبات التطور والحاجات المتجددة وتبدل النظم السائدة في المجتمع.

هذا وإن استمداد نظرية الضمان في الفقه الإسلامي يمكن أن يتم مما وضعه الفقهاء من قواعد تعدّ أساساً لمبدأ عام، ومما ذكروه من فروع فقهية في بحوث الغصب والإتلاف والجنايات والديات وعقوبات الجرائم المقدرة وغير المقدرة (أي الحدود والتعازير).

وأملي بالله كبير في أن يكون هذا الكتاب عوناً على تذليل الصعاب أمام المحاولات التي يبذلها القانونيون وغيرهم للاستفادة من معين الفقه الإسلامي، والله الموفق وهو المستعان.

الباب الأول

النظرية العامة للضّمان

يبحث هذا الباب المبادئ العامة وأهم الأحكام الخاصة لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مع بيان مقوماته أو دعائمه الأساسية، وآفاقه وقواعد التضمين، وذلك في فصول ثلاثة.

الفصل الأول

مقومات الضمان الأساسية

نتكلم في هذا الفصل على مقومات الضمان الأساسية أي ما به يقوم الضمان، قال في المصباح المنير: قِوام الأمر أي عماده الذي يقوم به وينتظم.

وذلك يشمل تعريف الضمان وأركانه وشروطه وأسبابه وكيفيته، ويتم بحث هذه الأمور في المباحث الخمسة الآتية:

المبحث الأول: حقيقة الضمان ومشروعيّته

أولاً: تعريف الضمان أو ماهيته:

ضمان المال لغة أي التزامه، يقال: ضمنت المال وبالمال ضماناً، فأنا ضامن وضمين: أي التزمته، وضمَّنته المال: ألزمته إياه.

وقد ذكر الفقهاء تعريفات للضمان، منها ما يفهم من كلام الغزالي أن الضمان: هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة[١].

ومنها تعريف ذكره الحموي شارح الأشباه والنظائر نقلاً عن غيره فإنه قال: الضمان كما عرف: عبارة رد مثل الهالك أو قيمته[٢]. ومنها تعريف للشوكاني حيث قال: الضمان: عبارة عن غرامة التالف[٣].

---

(١) الوجيز: ١/٢٠٨.
(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي: ٢/٢١١.
(٣) نيل الأوطار: ٥/٢٩٩ ط العثمانية المصرية.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (٤١٦) ونصها: «الضمان: هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات».

وعرفه الأستاذ الزرقاء بقوله: الضمان: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير[١]. وهو أوجز وأوضح التعاريف المذكورة، وأقرب تعريف في الدقة إلى هذا المعنى تعريف الغزالي المذكور.

ويمكننا تعريف **الضمان** بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجنائية بما يأتي: وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.

هذا.. ويلاحظ أن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يستعملون في كتبهم الفقهية كلمة «الضمان» بمعنى الكفالة، فهو مشتق من ضمَّن الشيء تضميناً أي غرمه إياه فالتزمه، وعليه يقول المالكية: الضمان: شغل ذمة أخرى بالحق[٢]. ويقول الشافعية: الضمان لغة الالتزام، وشرعاً يقال لالتزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة[٣]. ويقول الحنبلية: الضمان: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق[٤]. ومن الواضح أنه لا يهمنا من الضمان هذا المعنى، وإنما بحثنا في الضمان بالمعنى الأول وهو التزام التعويض.

ثانياً: مشروعية التضمين أو منشأ المسؤولية:

قررت الشريعة مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وجبراً للضرر، وقمعاً للعدوان، وزجراً للمعتدين، وذلك في مناسبات كثيرة في القرآن الكريم والسنة النبوية.

فمن الآيات القرآنية قوله سبحانه: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ

---

(١) المدخل الفقهي: ص١٠١٧ ف٦٤٨.
(٢) الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٣٢٩ ط البابي الحلبي.
(٣) مغني المحتاج: ٢/ ١٩٨ البابي الحلبي.
(٤) المغني: ٤/ ٥٣٤ الطبعة الثالثة بدار المنار.

عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠] ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦].

ومن السنة النبوية في ضمان المتلفات: ما رواه أنس قال: أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قَصْعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»(١).

وفي جنايات البهائم، روى حِرام بن مُحيِّصة أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ «أن على أهل الحوائط حفزها بالنهار؛ وأن ما أفسدت بالليل ضامن على أهلها»(٢)، وروى النعمان بن بشير قال: قال رسول الله ﷺ: «من وقف دابة في سبيل الله من سبُل المسلمين، أو في سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رِجْل، فهو ضامن»(٣).

وفي الغصب والإيداع والإعارة: روى سمرة بن جُنْدب قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٤)، وعن أنس بن مالك أن النبي ﷺ قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»(٥)، وعن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»(٦).

قال ابن حزم: «قد صح أن الأموال محرمة، فلا يحل إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع»(٧).

ومما يدل على وجوب الضمان عموماً حديث نبوي آخر يعتبر قاعدة أساسية في

---

(١) رواه الترمذي وصححه، قال ابن تيمية: وهو بمعناه لسائر الجماعة إلا مسلماً (نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٢ ط العثمانية المصرية).
(٢) رواه أحمد وأبو داوود وابن ماجه (نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٤).
(٣) رواه الدارقطني (نيل الأوطار، المكان السابق) ضعفه البيهقي.
(٤) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم (سبل السلام: ٣/ ٦٧).
(٥) رواه الدارقطني (نيل الأوطار: ٥/ ٣١٦).
(٦) أخرجه البخاري ومسلم (سبل السلام: ٣/ ٧٣).
(٧) المحلى: ١٠/ ٦٣٧.

هذا الشأن، وهو قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[١]. قال الكاساني: «يجب الضمان في الغصب والإتلاف، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار»[٢]، وبناء على هذا الحديث وضع الفقهاء عدة قواعد في معناه، منها «الضرر يدفع بقدر الإمكان» (م٣١ مجلة) «الضرر يزال» (م٢٠ مجلة) فالقاعدة الأولى تعني وجوب دفع الضرر قبل وقوعه، والثانية تعني وجوب رفع الضرر الفاحش وترميم آثاره بعد الوقوع، وكل ما ذكر يدل على أن مبدأ المسؤولية عن الضرر أمر مقرر أساسي في الإسلام.

المبحث الثاني : أركان الضمان

لا يجب ضمان الشيء إلا إذا توافر معنى التضمين، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود ركنين: هما الاعتداء والضرر، وذلك يمكن أن يفهم من كلام الفقهاء عن الغصب والإتلاف والجنايات. وأما الرابطة بين الاعتداء والضرر إما تسبباً وإمّا مباشرة، فهو من قبيل عدم وجود المانع للسبب، والمانع للسبب هو الأمر الذي يلزم من وجوده عدم تحقق السبب. وأما معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، فلا ينطبق على هذه الرابطة.

فالركن الأول، وهو الاعتداء أو التعدي، لغة: تجاوز الحد، ويراد به عند الفقهاء: معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه: هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار من دون حق أو جواز شرعي، كما قال ابن نجيم في الأشباه (ص٤١٣). فمعيار التعدي عند الشرعيين هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي[٣]، فينظر إلى الاعتداء على أنه **واقعة مادية محضة** يترتب عليها

(١) قال النووي: حديث حسن رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما مسنداً، ورواه مالك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ، فأسقط - من السند - أبا سعيد الخدري - راوي الحديث عند الأولين - وله طرق يقوي بعضها بعضاً. وقال الشوكاني: هو حديث مشهور رواه ابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق (راجع الأربعين النووية: ص٧٢، نيل الأوطار: ٥/ ٢٦٠).

(٢) البدائع: ٧/ ١٦٥.

(٣) مصادر الحق للدكتور السنهوري: ط١٩٥٩: ٦/ ١٦١، وانظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون على الآلة الكاتبة: ص١٩٠، وفصول من الفقه الإسلامي العام ص٥٤ للزميل =

المسؤولية (أي ضرورة تعويض المتضرر) كلما حدثت، بقطع النظر عن **نوع الأهلية** في شخص المعتدي وقصده، ففي ضمان الأموال لا فرق بين العمد والخطأ، ولا بين الكبير والصغير[(١)]، إلا أن بعض المالكية قالوا: لا شيء على الصبي غير المميز فيما أتلفه من نفس أو مال كالعجماء.

أما في ضمان الأنفس فيميز بين القتل العمد والقتل الخطأ، ويقتص من الكبير دون الصغير، قال الشاطبي: إن الخطأ في الحكم بالتضمين بالأموال مساو للعمد في ترتب الغرم في إتلافها[(٢)]. وقال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام: «إن الإتلاف يقع بالظنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عمدها وخطئها، لأنه من الجوابر، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عمدها لأنهما من الزواجر»[(٣)].

وكذلك لا يختلف حكم الضمان بالتعدي، سواء **أكان أمراً إيجابياً** كالإحراق والإغراق والإتلاف، **أم أمراً سلبياً** كترك حفظ الوديعة فإنه موجب للضمان، فمن رأى إنساناً يسرق الوديعة وهو قادر على منعه، ضمن المال، لترك الحفظ الملتزم بالعقد[(٤)]. ومن امتنع عن بذل الطعام للمضطر إليه، أو عن تقديمه لسجين حتى مات، كان ذلك إعانة على القتل ومسبباً للهلاك المستوجب للضمان[(٥)].

ولا فرق أيضاً بين أن يكون التعدي حاصلاً **مباشرة أو تسبباً**؛ مثل قطع أشجار الغير من دون حق، وحفر بئر في الطريق العام من دون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة (راجع المواد ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢٤، ٩٢٧ من المجلة).

= الدكتور فوزي فيض الله؛ حيث عرف التعدي في كل من الكتابين بقوله: هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً أو عادة.

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٢١١، كشاف القناع: ٤/ ٩٩، كشف الأسرار للبزدوي: مجلد ٢/ ١٣٨٣، التقرير والتحبير لابن أمير الحاج: ٢/ ١٧٢، القوانين الفقهية: ص٣٣٣.

(٢) الموافقات: ٢/ ٣٤٧ ط الشرق الأدنى بمصر.

(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٣ ط الاستقامة بالقاهرة.

(٤) البدائع: ٦/ ٢١١، المبسوط: ١١/ ١١٣، تكملة فتح القدير: ٧/ ٩١.

(٥) قواعد الأحكام، المرجع السابق، ص١٣١، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٢٨٤.

ولا تكون حالة الضرورة عند جمهور الفقهاء سبباً للإعفاء من الضمان، فمن اضطر إلى أخذ طعام غيره لدفع أذى الجوع عن نفسه، فإنه يجب عليه عند جمهور الفقهاء ضمان البدل: القيمة في القيمي، والمثل في المثلي، سواء أقدر على البدل في الحال، أم كان عاجزاً عنه، لأن الذمم تقوم مقام الأعيان. وقال المالكية: يضمن المضطر قيمة الشيء المملوك للغير الذي حافظ به على نفسه من الهلاك، وقيل: لا يضمن لوجوب إحياء النفس(١). ووجوب الضمان عند العلماء عمل بالقاعدة الشرعية المقررة وهي أن «الاضطرار لا يبطل حق الغير».

ويفهم من كلمة التعدي أنه **عمل غير مباح ولا مأذون به شرعاً** أو من صاحب الحق، أما إذا كان **الفعل مأذوناً به** شرعاً كما في حالة الدفاع عن النفس أو المال أو العرض، أو عند الاطلاع على بيت الآخرين من السطح أو من ثقوب الباب ونحو ذلك، أو كان الإذن بحق صادراً من ولي الأمر الحاكم، كما في حال هلاك المحدود أو المعزر حين إقامة العقوبات الشرعية، أو وقوع إنسان في بئر حفره في السوق بإذن ولي الأمر، أو كان أمراً بالإتلاف من صاحب المال نفسه، أو كان الفعل ناتجاً عن استعمال وممارسة الحق من دون تعسف، ففي هذه الحالات الأربع: لا يكون الفعل مستوجباً لضمان المال أو النفس(٢)، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة: «الجواز الشرعي ينافي الضمان» وسيأتي تفصيل كلام العلماء في كل ذلك عند بحث عوارض المسؤولية التقصيرية، وضمان الأنفس بسبب تطبيق العقوبات، وأثناء شرح هذه القاعدة لمعرفة ضمان الحق وعدمه عند التعسف في استعماله.

---

(١) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٢٩٩ وما بعدها.

(٢) إلا أن الحنفية في حال الدفاع الشرعي استثنوا منه ما إذا كان الصائل صبياً أو مجنوناً أو دابة، فقتله المصول عليه، فإن المدافع يضمن قيمة الدابة، ويدفع الدية عن الصبي والمجنون، لقول النبي ﷺ بالنسبة للدابة: «العجماء جرحها جبار» أي هدر، وأما فعل الصبي والمجنون فلا يوصف بكونه جريمة أو بغياً، فلا تسقط به عصمة النفس. وقال الحنفية والمالكية: يضمن الدية من قلع عين إنسان لمجرد النظر، وقال الشافعية خلافاً لجمهور الفقهاء: يجب ضمان الدية إذا مات الشخص بسبب التعزير (راجع نظرية الضرورة: ص١٤٤، ١٤٨).

مذاهب الفقهاء في التعسف في استعمال الحق:

عرف الفقه الإسلامي نظرية التعسف في استعمال الحق، بل إن القانون المدني المصري الجديد ومثله السوري قد حرص - لدى صياغة النص الذي أورده في هذه النظرية - على الاستفادة من القواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي[١].

وهنا يجدر بنا الإشارة مجملاً إلى آراء الفقهاء حول هذه النظرية:

أولاً- رأي أبي حنيفة والشافعي وداوود الظاهري: يرى هؤلاء أن الإنسان حر التصرف في ملكه، ولا يقيد حقه في ذلك حتى ولو تضرر الآخرون، لأنه يتصرف في خالص ملكه، وإن كان يلحق الضرر بغيره، فلا يسأل عن الضرر عملاً بقاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان» لكن لا يصح ديانة عند أبي حنيفة اتخاذ حق الملكية سبيلاً إلى الإضرار بالناس[٢]، لأن حديث «لا ضرر ولا ضرار» فيه دليل على تحريم الضرر على أي صفة كان، من غير فرق بين الجار وغيره[٣]، كما أنه قال في حالة الجوار العلوي (الطوابق): لا يجوز تصرف الإنسان في ملكه إلا بإذن الجار، لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه التي يتعلق بها حق الغير: هو المنع والحظر، فلا يباح له إلا ما يتيقن فيه عدم الضرر، ويتوقف ما عداه على إذن صاحب الحق ورضاه. وهذا الرأي الذي هو مقتضى القياس شبيه بما كان سائداً لدى القانونيين من نظرية الحق المطلق[٤].

ثانياً- رأي الصاحبين وجماعة من متأخري الحنفية ومجلة الأحكام العدلية: وهؤلاء يرون أن حرية المالك في ملكه مطلقة ما لم يترتب على ذلك إضرار بالآخرين، بشرط أن يكون الضرر فاحشاً، إذ لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وتصرف الإنسان في خالص ملكه

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهوري: ١/ ٨٣٦.
(٢) تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ١٩٦ الطبعة الأولى، فتح القدير: ٥/ ٥٠٦ ط مصطفى محمد، الأم: ٣/ ٢٢٢ ط بولاق، المحلى: ٨ مسألة ١٣٥٥، ١٣٥٧.
(٣) نيل الأوطار: ٥/ ٢٦١ ط العثمانية.
(٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص٤٦٢، نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام: ص٣٨.

إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره[١]. وقد عرفت المادة ١١٩٩ من المجلة الضرر الفاحش فقالت: «الضرر الفاحش: كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر البناء أي يجلب عليه وهناً، ويكون سبب انهدامه» وهذا الضرر ممنوع بقطع النظر عن نية صاحب الحق.

وهذا الرأي الذي هو مقتضى الاستحسان عند الحنفية شبيه بالنظرية المادية عند القانونيين، وقد مشى أبو حنيفة على هذا الرأي في علاقات الجوار بالعلو والسفل، حتى إنه زاذ على ذلك كما بينا، فقرر أنه لا يجوز لصاحب السفل أن يتصرف في ملكه من غير رضا صاحب العلو حتى ولو لم يضر به، لأن حرمة التصرف في ملك الغير وحقوقه لا تتوقف على وقوع الضرر، بل هو حرام، سواء تضرر به أم لا.

ثالثاً- رأي الإمامين مالك وأحمد: للمالك استعمال حقه في ملكيته على ألا يكون قصده الإضرار بالآخرين، أو يترتب على فعله إضرار الغير، فإذا تبين قصد الإضرار، أو لزم من استعمال الحق إضرار الآخرين، وجب منعه، وإزالة الضرر عيناً أو بدلاً عنه، عملاً بحديث «لا ضرر ولا ضرار»[٢] وهذا الرأي الذي ينظر إلى قصد ذاتي ومعيار نفساني هو السائد قانوناً، وبمقتضاه يجب ضمان الأضرار الناجمة من سوء استعمال الحقوق. ومن أمثلة منع التعسف عند فقهائنا هؤلاء: وجوب سد النافذة التي تطل على نساء الجار[٣]، وردم البئر التي كانت سبباً في ذهاب ماء بئر الجار، ومنع دخول الجار من أرض جاره إذا كان يتضرر بذلك، ومنع بناء فرن أو حمام أو كير حداد أو صائغ في دار مما يضر دخانه

---

(١) البدائع: ٦/ ٢٥٨، رد المحتار: ٤/ ٤٦١ البابي الحلبي، وانظر المواد ١١٩٢-١١٩٧ من المجلة، جامع الفصولين: ٢/ ٢٨١ ط الأزهرية، ومراجع الحنفية السابق ذكرها.

(٢) انظر الموافقات للشاطبي: ٢/ ٣٤٨، القوانين الفقهية: ص٣٤١، جامع العلوم والحكم لابن رجب: ص٢٦٧ وما بعدها، وانظر عموماً النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ٣٩-٥٥، نظرية التعسف في استعمال الحق للدكتور فتحي الدريني: ص٣٥٢ وما بعدها، المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فوزي فيض الله: ص٢٨٨ وما بعدها، الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد للمؤلف: ٢/ ٥٥٣ وما بعدها.

(٣) قال الكاساني في البدائع: ٦/ ٢٦٤: إن الامتناع عما يؤذي الجار ديانة واجب؛ لأن الحكم الدياني مبني على النوايا: «إنما الأعمال بالنيات».

بالجيران، ومنع بناء رحى (طاحونة) في داره يضر دويها بالجار، وهدم البنيان الذي بني بقصد منع الضوء والشمس والهواء عن الجار[١].

وأما الركن الثاني وهو الضرر: فهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته[٢]. فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، سواء أكان ذلك بالقول كالقذف والشتم أم بالسعاية من دون حق إلى الحاكم، والرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم على المتهم، أم بالفعل الإيجابي كالضرب والإحراق والإغراق والترويع والتهديد وإتلاف الزروع والأشجار وهدم المباني، أم بالفعل السلبي كالامتناع عن ترميم الحائط أو إغاثة الملهوف أو عن إطعام المضطر أو عن تسليم الوديعة بعد طلب صاحبها لها، أو كضياع مصلحة محققة لعدم قيام المتعهد بتوريد السلعة في الوقت المحدد، أو الوفاء بالالتزام بشحن وتصدير البضاعة في زمان معين.

كل هذه الأضرار المادية والأدبية أو المعنوية إذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان في العرف الحاضر، إلا أن جمهور فقهائنا اقتصروا في تعويض الأضرار على النواحي المادية، دون المعنوية، فإنهم اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها، كحد القذف ثمانين جلدة الثابت بالقرآن الكريم، أو التعزير أي العقوبة غير المقدرة المفوضة إلى رأي القاضي وذلك في كل معصية أو جناية لا حد فيها[٣].

ومع هذا فقد قرر أبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة أنه يجب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني، فقال محمد: تجب حكومة عدل (أي تعويض يقدره القاضي) على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح من

(١) راجع الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٦٤، ط أنصار السنة المحمدية، القوانين الفقهية: ص٣٤١.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٥٨٦، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة للدكتور صبحي المحمصاني: ١/١٦٩ وما بعدها، ط ١٩٤٨.

(٣) الحد: عقوبة مقدرة وجبت حقاً للمجتمع مثل حد السرقة وحد الزنا والقذف وشرب المسكر والمحاربة.

الألم. وقال أبو يوسف: للمجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء[(١)].

وأما تعويض الضرر لضياع المصلحة فهو وإن لم ينص فقهاؤنا عليه إلا أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر، وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز أو لتعارف الناس ذلك[(٢)]، مثل قاعدة «الضرر يزال» و«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

ومما يؤيد وجوب تعويض الأضرار عموماً أن أبا يوسف من الحنفية، والمفتى به عند علماء المالكية، وبعض الشافعية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، كل هؤلاء يجيزون للقاضي أن يحكم في نطاق التعزيرات بالعقوبات المالية، أي بالجزاء النقدي بدلاً من الحبس وغيره على الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعاً، بدليل ما ثبت في سنة رسول الله ﷺ من أمره بكسر دنان الخمر وشق ظروفها، وهدمه مسجد الضرار للمنافقين، ومضاعفته الغرم على سارق ما لا حد فيه بالقطع من الثمر أو من غير حرز أو عام المجاعة، وأخذه شطر مال مانع الزكاة عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى، ومثل تحريق عمر وعلي رضي الله عنهما المكان الذي يباع فيه الخمر، ومصادرة عمر ما وجده من طعام مع سائل فوق كفايته، ونحو ذلك كثير، حتى إن من قال: «إن العقوبات المالية منسوخة» وأطلق ذلك، فقد غلط في نقل مذاهب الأئمة والاستدلال عليها.

بل إن أئمة المذاهب الأربعة الذين لا يجيزون التعزير بأخذ المال في الراجح عندهم، نظروا إلى اعتبارات سياسية محضة وهي خشية أن يتسلط الظلمة من الحكام على أموال الناس، فيأخذوها بغير حق باسم العقوبة، ثم يأكلونها. وهذا

(١) المبسوط للسرخسي: ٢٦/ ٨١، الدر المختار: ٥/ ٤١٥، مجمع الضمانات: ص١٧١، النظرية العامة للموجبات: ١/ ١٥٤، ١٧١.

(٢) انظر المدخل للزرقاء: ف ٢٣٤، ٥٠٦، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص١٣٣ وما بعدها.

المحذور غير قائم الآن بعد تنظيم القانون الوضعي كيفية دفع الغرامات إلى الخزينة العامة مباشرة(١).

وأما الرابطة بين التعدي (الخطأ) والضرر إما مباشرة وإمّا تسبباً فهو الأساس الثالث للضمان، إلا أنه لا ينطبق عليه معنى الركن المقصود هنا: وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب كما بينا سابقاً(٢).

وقد حدد الفقهاء هذه الصلة أو الرابطة بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو السببية، فلا ضمان في غير المباشرة والتسبب(٣).

والمباشرة: إيجاد علة التلف؛ أي إنه ينسب إليه التلف في العرف والعادة كالقتل والأكل والإحراق. والسبب: إيجاد ما يحصل الهلاك عنده أي إنه لا ينسب إليه الهلاك عادة، وإنما يكون شيئاً مقصوداً لتحصيل وترتيب ما ينسب إليه الهلاك(٤).

وبعبارة أخرى: المباشرة: أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف، كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات.

والتسبب: أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به، كما في عملية حفر البئر، فإن أثر الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن وقع فيه فمات،

---

(١) راجع الحسبة في الإسلام لابن تيمية: ص٤٩ وما بعدها، الطرق الحكمية لابن القيم: ص٢٦٦ وما بعدها، أعلام الموقعين لابن القيم: ٣/ ٢٢ الطبعة الأولى، القواعد لابن رجب: ص٣١٢، رد المحتار على الدر المختار: ٣/ ١٩٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ص٤٧ في الرسالة الثالثة عشرة من رسائله، التعزير في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد العزيز عامر: ص٣٣٢ وما بعدها، المدخل للزرقاء: ف٣٣٣.

(٢) انظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فوزي فيض الله: ص٣١٨، الوسيط في أصول الفقه للمؤلف ط أولى: ص٩٩.

(٣) النظرية العامة للموجبات والعقود للمحمصاني: ١/ ١٨٠.

(٤) الوجيز للغزالي وشرحه فتح العزيز للرافعي بهامش المجموع للنووي: ج١١/ ٢٣٩، ٢٤١ وما بعدها، قواعد الأحكام لابن عبد السلام: ٢ص ١٣١.

فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر، لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر[١].

وعرفت المجلة كلًّا من الإتلاف مباشرة وتسبباً فقالت: «الإتلاف مباشرة: هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله: فاعل مباشر» (م ٨٨٧) «الإتلاف تسبباً: هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة، ويقال لفاعله: متسبب، كما أن من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره، ويكون حينئذ قد تلف الحبل مباشرة، وكسر القنديل تسبباً؛ وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن، وتلف ذلك السمن: يكون قد أتلف الظرف مباشرة، والسمن تسبباً» (م ٨٨٨).

والمباشر: هو أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار. والمتسبب: هو الذي حصل التلف بفعله وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار[٢].

فإذا وجدت المباشرة وحدها لزم الضمان مثل السرقة، والإحراق، والإغراق، والهدم، والكسر، والذبح، والقطع، ونحو ذلك.

وإذا وجد التسبب وحده، وجب الضمان بالشروط الآتية:

١- أن يحدث تعد من فاعل السبب.

٢- أن يقع الضرر بتعمد المتسبب.

٣- أن يؤدي السبب إلى النتيجة قطعاً دون تدخل سبب آخر حسب العادة.

أو ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر، وإلا نسب الفعل إليه مباشرة[٣].

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي: مجلد٢/ ١٢٦٩.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه: ١/ ١٩٦.

(٣) شرح المجلة للشيخ خالد الأتاسي: ٣/ ٤٦٤. وهذه الشروط يمكن أخذها من المجلة، نصت المادة (٩٢٤): «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان: يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق، مثلاً: لو حفر أحد =

وإذا كان العلماء متفقين في الجملة على هذا، فإنهم اختلفوا في تقدير وجود السبب في بعض الحالات، منها ما يأتي:

فتح القفص ونحوه:

أولاً- من فتح حانوتاً لرجل فتركه مفتوحاً فسُرق، أو فتح قفص طائر فطار، أو حل رباط دابة فهربت أو فتح باب الإصطبل أو حل رباط سفينة فغرقت أو ذهبت بها الرياح، ففي كل هذه الحالات يضمن المتسبب عند المالكية والحنابلة ومحمد بن الحسن من الحنفية، لأنه تسبب في الإتلاف، وأضاف المالكية قولهم. «سواء فعل ذلك كله عمداً أم خطأ».

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يضمن لأن مجرد الفتح ونحوه ليس بإتلاف مباشرة ولا تسبباً.

وقال الشافعية: من فتح قفصاً على طائر وهيَّجه، فطار في الحال: ضمنه؛ لأنه ألجأه إلى الفرار، وإن اقتصر على الفتح فالأظهر أنه إن طار في الحال: ضمن، لأن طيرانه في الحال يشعر بتنفيره، وإن وقف ثم طار، فلا يضمنه، لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره. وهذا التفصيل ينطبق على حل رباط بهيمة، أو فتح باب ونحو ذلك.

أما لو حل رباطاً عن علف في وعاء فأكلته بهيمة في الحال، ضمن. ومن فتح باب الحرز فسرق غيره أو دل سارقاً فسرق لا ضمان عليه، لأنه لم يوجد منه سبب يمكن تعليق الضمان به. وإن حل رباط سفينة فغرقت، فإن غرقت في الحال ضمن لأنها تلفت بفعله، وإن وقفت ثم غرقت: فإن كان بسبب حادث كريح هبت، لم يضمن؛ لأنها غرقت بغير فعله، وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه رأيان:

= في الطريق العام بئراً بلا إذن أولي الأمر، وسقطت فيه دابة لآخر، وتلفت، يضمن، وأما لو سقطت الدابة في بئر كان قد حفره في ملكه وتلفت: لا يضمن» ونصت المادة (٩٢٥): «لو فعل أحد فعلاً يكون سبباً لتلف شيء، وأحل في ذلك الوقت فعلاً اختيارياً يعني لو أتلف آخر ذلك الشيء مباشرة، يكون ذلك الفاعل المباشر صاحب الفعل الاختياري ضامناً».

أحدهما: لا يضمن كالزق إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط.

والرأي الثاني: أنه لا يضمن، لأن الماء أحد المُتلفات(١).

وفي رأينا أن المذهب الأول أصح وأرجح، لذا أخذت به المجلة (م ٩٢٢).

فتح وعاء السمن:

ثانياً- لوْ فتح إنسان زقاً (أي ظرفاً) فيه زيت أو سمن ونحوهما فخرج ما فيه: ضمن، لأن فعله سبب تلفه، ولم يتخلل بينهما سبب آخر يمكن إحالة الحكم عليه، إلا أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا: إذا كان الزيت الموجود في الظرف ذائباً فسال منه، ضمن، وإن كان السمن جامداً فذاب بالشمس وزال، لم يضمن، لأن المائع يسيل بطبعه إذا وجد منفذاً بحيث يستحيل استمساكه عادة، فكان حل الرباط إتلافاً له تسبيباً، أما الجامد فلا يسيل بطبعه، فإن سال بحرارة الشمس فلا يعدّ فاتح الظرف سبباً في إتلافه ولا مباشراً له(٢).

وقال الشافعية: إذا كان الزق مطروحاً على الأرض، فخرج ما فيه بالفتح وتلف، يضمن، حتى ولو كان التقاطر بإذابة شمس أو حرارة أو ريح مع مرور الزمن، لأن الإتلاف ناشئ عن فعله، سواء أحضر المالك، وأمكنه تدارك الأمر فلم يفعل، أم لا. أما إذا كان الزق منصوباً على شيء، ففتحه فإن سقط بالفتح أو بتقاطر ماء فيه وابتلال أسفله به، وخرج ما فيه وتلف، ضمن، وإن سقط بسبب ريح أو نحوها كزلزلة، ووقوع طائر، أو جهل الحال فلم يعلم سبب سقوطه، لم يضمن لأن التلف لم يحصل بفعله(٣).

---

(١) البدائع: ١٦٦/٧، جامع الفصولين: ١١٥/٢، ١١٦، مجمع الضمانات: ص١٤٨، القوانين الفقهية: ص٣٣٢، مغني المحتاج: ٢٧٨/٢، المهذب: ٣٧٤/١ وما بعدها، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٤٥/١١ وما بعدها، المغني: ٢٨٠/٥، كشاف القناع: ٩٨/٤، الشرح الكبير للدردير: ٤٥١/٣.

(٢) المراجع السابقة، مجمع الضمانات: ص١٤٨، ١٥٣.

(٣) مراجع الشافعية السابقة، نهاية المحتاج: ١١١/٤ وما بعدها.

الترويع:

ثالثاً- إذا بعث الحاكم إلى امرأة يستدعيها إلى مجلس القضاء، فأجهضت جنينها فزعاً أو زال عقلها، فقال أبو حنيفة وابن حزم: لا ضمان في شيء من ذلك على أحد جملة، إذ ليس السبب متصلاً بالنتيجة قطعاً. وقال جمهور الفقهاء: يضمن الحاكم الدية(١)، لما روي أن عمر رضي الله عنه أرسل إلى امرأة يدعوها إليه، فقالت: يا ويلها، ما لها ولعمر، فبينا هي في الطريق، فزعت، فجاءها الطلق، فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت والٍ ومؤدب، وصمت علي، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك، لأنك أفزعتها، فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك» أي بني عدي من قريش(٢).

ولو ماتت المرأة نفسها فزعاً، وجبت ديتها عند الحنابلة، لأنها نفس هلكت بسبب الحاكم، فيضمنها كما يضمن جنينها، وكما لو ضربها فماتت.

وقال المالكية والشافعية: لا تضمن المرأة، لأن الإفزاع ليس بسببٍ للهلاك عادة. ونازع الحنابلة في ذلك فقالوا: إن الترويع سبب للإسقاط والإسقاط سبب للهلاك عادة، ثم لا يتعين في الضمان كونه سبباً معتاداً، فإن الضربة والضربتين بالسوط ليس سبباً للهلاك في العادة، ومتى أفضت إليه وجب الضمان.

ويجري هذا الخلاف بسبب الإفزاع فيمن شهر سيفاً في وجه إنسان أو دلاه من مكان شاهق، فمات من روعته، أو ذهب عقله. وكذا لو صاح إنسان بصبي أو مجنون أو معتوه صيحة شديدة، وهو على سطح أو حائط ونحوهما، فوقع فمات، أو ذهب عقله. أو لو تغفل أحد بالغاً عاقلاً، فصاح به، فأصابه ذلك، فلا ضمان

(١) عند الشافعية والحنابلة: الضمان على العاقلة (أي الأسرة أو القبيلة التي تربطها رابطة الدم الواحد أي عصبة الإنسان وأقاربه) وعند المالكية: على الحاكم.

(٢) والقاعدة في ذلك حينئذ: «خطأ القاضي في بيت المال» أي إن خطأه واجب في بيت مال المسلمين، وليس في ماله هو.

لديته عند الحنفية لعدم تعديه أي لم يكن ذلك سبباً كافياً للضمان، وفي بعض كتب الحنفية: إنه يضمن بالصياح على الصغير، قال ابن عابدين: فيحمل الأول أي عدم الضمان على ما إذا لم يكن فجأة.

وقال جمهور الفقهاء: يجب الضمان في كل ذلك لأن الفاعل متسبب في الإتلاف، إلا أن للشافعية قولين في ضمان البالغ، قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن[1].

الحبس أو الحيلولة:

رابعاً- اختلف العلماء فيمن حبس المالك عن ماله حتى تلف: أي المال، أو عن ماشيته حتى تلفت، فقال الشافعية: لا ضمان عليه إذا لم يقصد منعه عن الماشية مثلاً، لأنه لم يتصرف في المال، وإنما تصرف في المالك، فإن قصد منع المالك عن ملكه ضمن، وهذا هو المبدأ المعروف عندهم **بالحيلولة:** وهي أن يحول بين الشخص وبين ملكه حائل حتى تلف، وهو السبب الرابع من أسباب الضمان بعد العقد واليد والإتلاف.

وقال الحنابلة والمالكية: عليه ضمان ما تلف به، لأنه سبب هلاكه[2].

وقال الحنفية:

«من حال بين شخص وبين أملاكه، حتى تلفت، لم يضمن، ولو فعل ذلك في المنقول ضمن[3]».

(١) راجع في ذلك كله المهذب: ٢/ ١٩٢، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٣٠، المغني: ٧/ ٨٣٢ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/ ٩٩، الإفصاح عن معاني الصحاح لأبي المظفر يحيى بن هبيرة: ص٣٣٩ الطبعة الأولى بحلب، المحلى: ١١/ ٢٩ وما بعدها، مسألة ٢١٢٠، ط الإمام بالقاهرة، اللآلئ الدرية في الفوائد الخيرية بهامش جامع الفصولين: ٢/ ٢١٢ ط الأولى بالأزهرية، الميزان للشعراني: ٢/ ١٤٧ ط البابي الحلبي، الدر المختار: ٥/ ٣٩٧، مجمع الضمانات: ص١٧٢.

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٤٧، المغني لابن قدامة: ٥/ ٢٢٣، ٧/ ٨٣٤، الطبعة الثالثة، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٢، نهاية المحتاج: ٤/ ١١٢، مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٨.

(٣) جامع الفصولين: ٢/ ١١٧، اللباب شرح الكتاب: ٢/ ١٨٩.

والخلاصة أن الحيلولة بين المالك وملكه سبب من أسباب الضمان عند جمهور الفقهاء، وليست سبباً لذاك عند الحنفية فيما عدا المنقول.

انتفاء السببية

قد تتدخل عوامل خارجية عدا السبب الأصلي في إحداث الضرر، وقد يشترك في التعدي شخصان فأكثر، وقد يترتب على سبب واحد سلسلة من الأضرار، فمن المسؤول عن الضمان في هذه الحالات الثلاث؟

المطلب الأول: طروء سبب آخر في إحداث الضرر

قد يتسبب إنسان في إحداث ضرر، ولكنه لا يكون وحده في ذلك، وإنما تطرأ قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو خطأ من المتضرر نفسه، أو من شخص آخر، فيقع الضرر عندئذ بسبب هذه الحالات، فلا يسأل المتسبب الأول عن الضمان فيما عدا حالة الغصب، لأن القاعدة الفقهية تقرر «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر» (م ٩٠ من المجلة).

أما القوة القاهرة:

فهي أن يحصل التلف بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها، وليس في إمكانه الاحتراز منها[١]، فلا يضمن المتسبب، لأن القاعدة الفقهية تقرر «ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه»[٢] ومن أمثلتها ما ذكره الحنفية: «لو وضع أحد جمرة على طريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً لا يضمن الواضع، وكذا لو وضع حجراً في الطريق، فجاء السيل، ودحرجه، فكسر شيئاً: لا يضمن الواضع؛ لأن جنايته زالت بالماء والريح»[٣] «إذا حل شخص سفينة

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية لأستاذنا الشيخ محمد شلتوت: ص٣٢.

(٢) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٦٢.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/١٤٣ وما بعدها، مجمع الضمانات للبغدادي: ص١٤٩، وانظر مثل ذلك الوجيز وشرحه فتح العزيز بهامش المجموع: ١١/٢٤٣.

مربوطة في يوم ريح: إن ثبتت بعد الحل أقل القليل، ثم سارت وغرقت: لا يضمن»[١].

قال في الدر المختار ورد المحتار: «وأما الحاكم إذا قطع يد السارق فمات، والختان والفصاد، والبزاغ (أي البيطار)، فلا يتقيد فعلهم بشرط السلامة»[٢] أي فلا ضمان عليهم بسبب سراية الجرح إلى النفس والموت بعده. ومثل ذلك الطبيب الجراح لا يضمن تلف النفس بعد إجراء العملية الجراحية لمريض إذا قام بواجبه على الوجه المعتاد[٣].

وأما الحادث المفاجئ: فهو أن يحصل التلف بفعل يقدر الإنسان على دفعه، ولكنه فوجئ به في مكان مأمون عادة، كمفاجأة راعي الغنم بذئب في حقل مثلاً[٤]. جاء في الفتاوى البزازية: «لو أكل الذئب الغنم، والراعي عنده: إن كان الذئب أكثر من واحد: لا يضمن، لأنه كالسرقة غالباً (أي كالقوة القاهرة). وإن كان واحداً يضمن؛ لأنه يمكن المقاومة معه، فكان من جملة ما يمكن الاحتراز منه، بخلاف الزائد على الواحد»[٥] أي إن الضمان هنا في مكان غير مأمون عادة كالصحراء والجبال والوديان.

وأما خطأ المتضرر: فهو أن يقع الضرر مباشرة منه بالرغم من وجود متسبب له، مثل أن يضع شخص سكيناً في يد صبي، فيقتل بها نفسه، فلا يضمن المتسبب،

(١) جامع الفصولين: ٢/١١٦، المهذب ١/٣٧٥.

(٢) الدر المختار: ٥/٤٠١.

(٣) هذا وقد أثبتنا في كتابنا «نظرية الضرورة الشرعية» سبق الفقه الإسلامي إلى معرفة نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة (الجوائح أو الآفة السماوية كطغيان أو فيضان أو صقيع أو صواعق) كسبب لإعفاء الدائن من المسؤولية. وقد وصف الفقيه الفرنسي لامبير نظرية الضرورة في الإسلام بقوله: «تعتبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي أكثر جزماً وشمولاً من فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة: شرط بقاء الحال على ما هو عليه، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على إيقاف نظرية تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة» (الإسلام ضرورة عالمية ص١٩٥ وما بعدها، للأستاذ زاهر عزب الزغبي).

(٤) الأستاذ شلتوت، المكان السابق.

(٥) مجمع الضمانات: ص٢٩ وما بعدها.

لمباشرة الصبي قتل نفسه، هذا في قول عند الحنفية. والقول الآخر وهو المختار عندهم: أنه يضمن[١].

ومثل ذلك: «إذا سار الرجل على دابة في الطريق، فنخسها رجل أو ضربها، فنفحته، كان دمه هدراً، لأن ذلك تولد من نخسه، فصار كأنه هو الذي جنى على نفسه»[٢].

ومثله أيضاً: «من رفع قلنسوة من رأس إنسان، ووضعها على رأس رجل آخر، فطرحها الرجل عن رأسه، قال الحنفية: إن كانت القلنسوة بمرأى العين من صاحبها، وأمكنه رفعها من ذلك الموضع، لا يضمن الطارح، لأن ذلك بمنزلة الرد على المالك، وإن لم يكن كذلك يكون ضامناً»[٣] أي إن صاحبها قصر في الحالة الأولى فهو الضامن.

وأما خطأ شخص آخر غير المتسبب: فهو أن يتدخل شخص ثالث أجنبي بين السبب والمسبب، مثاله «لو فتح شخص باب دار فسرق آخر منه متاعاً، لم يضمن الفاتح، سواء سرق عقيب الفتح أو بعده، وكذا لو حل رباط دابة، أو فتح باب قفص، فأخذ الدابة أو الطير آخر، لم يضمن الفاتح وفاقاً»[٤] «إذا شق رجل بطن رجل، وأخرج أمعاءه، ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمداً، فالقاتل هو الذي ضرب العنق»[٥].

«رجل حفر بئراً في الطريق، فألقى رجل نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر» أي لأنه إذا اجتمع المباشر والمسبب أضيف الحكم إلى المباشر، فلا ضمان على حافر البئر تعدياً بما تلف بإلقاء غيره فيه[٦].

---

(١) جامع الفصولين: ٢/ ١١٢، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٩٧، مجمع الضمانات: ص١٦٦، ١٧٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٦.
(٢) المبسوط: ٢٧/ ٢، الدر المختار: ٥/ ٤٣١ ط البابي الحلبي، جامع الفصولين: ٢/ ١١٩.
(٣) مجمع الضمانات: ص١٤٤، جامع الفصولين: ٢/ ١١٧.
(٤) جامع الفصولين: ٢/ ١١٦.
(٥) مجمع الضمانات: ص١٧١.
(٦) المرجع السابق: ص١٧٨، ١٨٠.

«من ألقى شخصاً من شاهق جبل فتلقاه آخر فقده، فالقصاص على القادّ فقط»[(١)].

«من أردى غيره في بئر، فالضمان على المردي وحده دون الحافر، لأن الأول مباشر والثاني متسبب، والمباشر مقدم في الضمان»[(٢)].

والخلاصة أن السببية تنتفي من أجل الضمان إذا وجدت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ من المتضرر أو من شخص آخر أجنبي.

المطلب الثاني : تعدد الأسباب

إذا كان للضرر عدة أسباب، فمن المسؤول عن إحداث الضرر؟ هل يشترك جميع الجناة في المسؤولية، أم ينفرد أحدهم بها دون الآخرين؟

في الجواب تفصيل: إما أن يكون فعل المعتدين من نوع واحد، وإمّا من نوع مختلف.

أ- فإن كان فعل المعتدين من نوع واحد بأن كانوا جميعاً مباشرين أو متسببين، فهم جميعاً مسؤولون على حد سواء، مثاله في **المسؤولية الجنائية**: اشتراك جماعة في قتل شخص واحد، فإنه يقتص منهم جميعاً (أي يطبق عليهم حكم الإعدام) عند جمهور الصحابة وأئمة المذاهب الأربعة، فقد قتل عمر ﷺ سبعة برجل من أهل صنعاء، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً» رواه مالك في الموطأ عن عمر.

وقال بعض الصحابة والتابعين والظاهرية: لا تقتل الجماعة بالواحد، وإنما يقتل منهم واحد، ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية، لأن كل واحد منهم مكافئ للمقتول، فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد، كما لا تجب ديات لمقتول واحد[(٣)].

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٤٥.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٤.

(٣) البدائع: ٧/ ١٣٨، الدر المختار: ٥/ ٣٩٤، اللباب شرح الكتاب: ٣/ ١٥٠، بداية المجتهد: ٢/ ٣١٢، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٥، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٣، مغني المحتاج: ٤/ ١٢، المغني: ٧/ ٦٧١ وما بعدها، الإفصاح عن معاني الصحاح: ص٣٢٢، المحلى: ١٠/ ٦٠٧، م ٢٠٨٦، نصب الراية: ٤/ ٣٥٣.

وفي السرقة اتفق العلماء على أنه إذا اشترك جماعة في سرقة، فحصل لكل واحد منهم نصاب[١]، فيقام حد السرقة (وهو قطع اليد من الرسغ) على كل واحد منهم. أما إذا كان المسروق كله نصاباً، واشترك جماعة في سرقته، فقال أبو حنيفة والشافعي: لا يقام الحد على واحد منهم، لعدم توافر معنى الجريمة بوضع كامل بالنسبة إلى كل واحد منهم، وإنما يكتفى بالتعزير ضرباً أو توبيخاً أو حبساً.

وقال المالكية: إن كان لكل واحد قدرة على حمله بانفراده، فلا يقطع أحد، وإلا بأن احتاجوا في إخراج المسروق إلى تعاون بعضهم، فيقطعون جميعاً.

وقال الحنابلة: يقام الحد على الجميع حفظاً لأموال الناس[٢].

ومثاله في **المسؤولية المدنية**: اشتراك جماعة في إتلاف شيء، فإنهم يضمنون المثل أو القيمة، ويتحمل كل واحد منهم نصيبه دون تضامن فيما بينهم عملاً بمبدأ المسؤولية الفردية المقرر في الإسلام: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ٦/ ١٦٤] أي لا تتحمل نفس آثمة جناية آخر.

وإن تفاوت فعل المعتدين قوة وضعفاً، قدم السبب الأقوى عند المالكية والحنابلة وقياساً عند الحنفية، فإن قصد أفراد مثلاً قتل إنسان، كل على انفراده دون اتفاق مع غيره، أو قصد كل واحد منهم ضربه بلا قصد قتل فمات، قدم للقصاص الأقوى فعلاً حيث تميزت أفعالهم، وهو من مات القتيل من فعله بأن أنفذ مقتلاً. وإن لم يكن فعله أشد من فعل غيره، فيقتل ويقتص مثلاً ممن جرح أو قطع عضواً، ويعزر من لم يجرح[٣]. وأما مقتضى الاستحسان عند الحنفية فهو

---

(١) النصاب: عشرة دراهم أو دينار عند الحنفية، وثلاثة دراهم أو ربع دينار عند جمهور الفقهاء، وقدر الدينار في قانون الحدود الليبي عام ١٩٧٢ بسعر الذهب في ذلك الوقت وهو ما يساوي ١٠ دنانير ليبية، والدينار يساوي (٤,٤٥٧غ) فيضرب بسعر غرام الذهب الحالي، ويعرف قدره بالنقود الرائجة في كل بلد.

(٢) البدائع: ٧/ ٧٨، فتح القدير: ٤/ ٢٢٥، مغني المحتاج: ٤/ ١٦٠، المهذب: ٢/ ٢٧٧، بداية المجتهد: ٢ص ٤٣٩، المنتقى على الموطأ: ٧/ ١٧٨، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٤/ ٣٣٥، المغني: ٨/ ٢٨٢.

(٣) الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي: ٤/ ٢٤٩، الفروق ٢/ ٢٠٨، القواعد لابن رجب: ص٢٨٥.

توزيع الضمان على المشتركين حسب دور كل واحد في إحداث الضرر قوة وضعفاً[١].

قال البغدادي من علماء الحنفية في القرن الحادي عشر: «ازدحم جماعة يوم الجمعة، فدفع بعضهم بعضاً، فوقع على زجاج الخزاف وقدروه، فانكسرت: يضمن الدافع إن انكسرت بقوة دفعه»[٢] وسنذكر في بحث القواعد الفقهية أمثلة أخرى لاشتراك المتسببين في إحداث الضرر كما يقضي استحسان الحنفية.

ب- وأما إن اختلف عمل المعتدين بأن كان بعضهم مباشراً، والآخر متسبباً، فتطبق القاعدة الفقهية القائلة: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر» أي إذا غلبت المباشرة السبب، وذلك بأن تقطع عمله وأثره، مثلاً: لو حفر رجل بئراً في الطريق العام، فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان، ولا شيء على حافر البئر» (م ٩٠ مجلة).

ومن أمثلتها: «رجل حفر بئراً في الطريق، فألقى آخر نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر، وإن لم يوقع فيها نفسه، فسقط وسلم من السقوط، ومات فيها جوعاً أو غماً، لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة لأنه مات بفعل نفسه لا بفعل الحافر، وقال أبو يوسف: إن مات فيها جوعاً فكذلك لا يضمن، وإن مات فيها غماً بأن أثر الغم على قلبه قبل الوقوع، فمات من ذلك، ضمن الحافر. وقال محمد: يضمن الحافر في الوجوه كلها، لأن الموت حصل بسبب الوقوع في البئر»[٣].

- «نقب شخص حائطاً فغاب، فدخل منه رجل فسرق لا يضمن الناقب، وبه يفتى، لأنه سبب والسارق مباشر».

- «وإذا دل سارقاً على مال إنسان، فسرقه لا يضمن المال»[٤].

---

(١) تكملة البحر الرائق للطوري: ٨/ ٣٩٧، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص٣٢٧.
(٢) مجمع الضمانات: ص١٤٩.
(٣) المرجع السابق: ص١٨٠، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٤٥.
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٦، مجمع الضمانات: ص١٥٣.

- «ومن أمسك شخصاً ليقتله آخر، فقتله، يضمن القاتل فقط أي يقتص منه عند الحنفية؛ لأنه باشر القتل ويجب التعزير على الممسك من غير حبس».

وقال المالكية، والإمام أحمد في رواية: يشتركان معاً في الضمان والقصاص لقول عمر رضي الله عنه في قتيل جماعة: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به».

وقال أحمد في الرواية الأخرى الراجحة والظاهرية والشافعية: «يقتل القاتل، ويحبس الممسك حتى يموت»[1] وسيأتي مزيد من بيان لهذه القاعدة إن شاء الله.

- «إذا اشترك اثنان في نقب جدار، فدخل أحدهما، وأخذ المتاع، وناوله الآخر، وهو خارج المكان أو رمى به إليه، فقال المالكية والشافعية والحنابلة: يعاقب الداخل وحده بقطع يده، دون الخارج لأنه هو الذي أخرج المتاع، مع المشاركة في النقب. وقال أبو حنيفة: لا يعاقب أحد؛ لأن كل واحد لم يستقل بالنقب والإخراج. وقال الصاحبان: يعاقب الداخل إن أخرج يده وناول الخارج[2].

حالات مستثناة من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب:

قد يكون المتسبب وحده هو الضامن، وقد يشترك المتسبب مع المباشر في الضمان[3].

١- ضمان المتسبب وحده:

إذا كان المتسبب هو العامل الأهم في إحداث الضرر، وذلك بأن يتغلب السبب

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٨٤، البدائع، ٧/ ٢٧٤، قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٢/ ١٣٣، الأشباه للسيوطي، المكان السابق، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٥، المهذب: ٢/ ١٧٦، مغني المحتاج: ٤/ ٤، ٨، القواعد لابن رجب: ص٢٨٧، المغني: ٧/ ٧٥٥، بداية المجتهد: ٢/ ٣٨٩، الإفصاح: ص٣٢٣، المحلى: ١٠/ ٦٢١، م٢٠٩٠.

(٢) المبسوط: ٩/ ١٤٧، فتح القدير: ٤/ ٢٤٣، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٣٤٣، المهذب: ٢/ ٢٧٩، المغني: ٨/ ٢٨٤.

(٣) انظر النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ١٩٠ وما بعدها.

على المباشرة إذا لم تكن المباشرة عدواناً[١] فيضمن وحده الضرر الحادث، كما أنه يضمن خطأه العقدي إذا كان هو المتسبب فيه.

من أمثلة الصورة الأولى: «من ضرب دابة عليها راكب، أو نخسها بعود بلا إذن الراكب، فنفحت أو ضربت بيدها شخصاً آخر، أو نفرت، فصدمته وقتلته، ضمن هو أي الناخس، لا الراكب، لأنه غير متعد، فترجح جانب الناخس في التغريم للتعدي. ولكن يلاحظ أن الناخس إنما يضمن إذا كانت النفحة أو الضربة أو الوثبة أو الوطء فور النخس، وإلا فالضمان على الراكب، لانقطاع أثر النخس»[٢] أي أن يتوافر معنى السببية في إحداث الضرر.

-«لو دفع شخص إلى صبي سكيناً ليمسكه له، فوقعت عليه فجرحته، كان الضمان على الدافع»[٣].

-«الإفتاء بتضمين الساعي بالشر[٤]: من سعى إلى حاكم ظالم حتى غرم رجلاً، فإن كانت السعاية بحق كأن كان يؤذيه، وعجز عن دفعه إلا بسعيه، أو كان المشكو فاسقاً لا يمتنع بالأمر بالمعروف، ففي مثل ذلك لا يضمن الساعي، وإن لم تكن السعاية بحق، كأن يقول: إن لفلان مالاً كثيراً، أو إنه يريد الفجور بأهلي أو ضربني أو ظلمني فغرمه السلطان شيئاً، فيضمنه الساعي، سواء أكان كاذباً أم صادقاً إلا أنه غير متظلم ولا محتسب في ذلك»[٥].

-«إذا وضع رجل في الطريق حجراً أو بنى فيه بناء، أو أخرج من حائط جذعاً

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي: ٢/ ٤٦.

(٢) المبسوط: ٢/٢٧، درر الحكام: ٢/ ١١٣ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٤٣٠ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٨٧.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٧، المبسوط: ٢٦/ ١٨٥.

(٤) السعاية الموجبة للضمان: أن يتكلم بكذب يكون سبباً لأخذ المال من إنسان مصادرة، أو لا يكون قصده إقامة الحسبة (وهي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) كأن يقول عند الحاكم: إن فلاناً وجد مالاً، أو وجد كنزاً أو لقطة، ثم تبين كذبه.

(٥) الأشباه لابن نجيم وشرحه للحموي: ١/ ١٩٨، جامع الفصولين: ٢/ ١٠٨ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٥٤.

أو صخرة شاخصة، أو شرع كنيفاً[١] أو جناحاً، أو ميزاباً أو ظُلة، فعطب به إنسان كان ضامناً لما أصاب من ذلك، لأنه متسبب لهلاك ما أتلف بما أحدثه، وهو متعد في هذا التسبب. فإن عثر بما أحدثه في الطريق رجل، فوقع على آخر، فمات، كان الضمان على الذي أحدث الشيء البارز في الطريق، لأنه صار بمنزلة الدافع، والذي عثر مدفوع، والمدفوع كالآلة»[٢].

- «رجل حفر بئراً في الطريق من دون إذن، فجاء سيل بحجر عند البئر، فعثر به إنسان، وسقط في البئر، كان الضمان على حافر البئر»[٣].

-«إذا رجع الشهود عن شهادتهم في مجلس القضاء بعد صدور الحكم وتنفيذه، لم يفسخ الحكم، وعليهم ضمان الغرم أو التلف الذي تسببوا في إلحاقه بالمشهود عليه من مال أو دية باتفاق المذاهب الأربعة المشهورة، ولا يضمن القاضي الذي باشر إصدار الحكم شيئاً»[٤].

- «من فر من ظالم فأخذه رجل، حتى أدركه الظالم وغرّمه، أو طلبه ظالم ليقبض منه ماله، فدله رجل، فأخذ ماله، يضمن الآخذ والدال عند محمد من الحنفية للسببية» وقال أبو حنيفة: يضمن الظالم وحده[٥]. أي إن محمداً يضمِّن المتسبب، وأبا حنيفة يضمِّن المباشر.

ومن أمثلة **الصورة الثانية أي الإخلال بالتزام تعاقدي:** لو دل الوديع السارق على مكان الوديعة، فإنه يضمن لترك الحفظ الواجب عليه بعقد الإيداع[٦].

٢- ضمان المتسبب والمباشر معاً:

إذا اشترك المتسبب والمباشر في إحداث الضرر، وكان لكل واحد منهما دور

(١) الكنيف: الكُنَّة تشرع فوق باب الدار.

(٢) المبسوط: ٦/٢٧، مجمع الضمانات: ص١٧٦.

(٣) مجمع الضمانات: ص١٨٠.

(٤) البدائع: ٦/٢٨٣، ٧/١٦٦، مجمع الضمانات: ص٣٥٩، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٠٧، المهذب: ٢/١٧٧، ٣٤٠، المغني: ٩/٢٤٨، الفروق: ٢/٢٠٨.

(٥) جامع الفصولين: ٢/١١٥، مجمع الضمانات: ص١٥٣.

(٦) الأشباه لابن نجيم: ١/١٩٦.

بارز مساوٍ لفعل الآخر بأن يتساوى أثرهما في الفعل، فإنهما يشتركان في الضمان. قال الزيلعي الحنفي: «إن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإتلاف، كما في حفر البئر وإلقاء شخص نفسه فيها، فإن الحفر لا يعمل شيئاً من دون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده، فيشتركان»[(١)].

ومن أمثلة ذلك: «إذا اشترك اثنان في قيادة دابة: سائق وراكب فوطئت الدابة شيئاً، فإنهما يضمنان، لأن كل ذلك سبب الضمان، فإن السوق متلف، حتى وإن لم يكن على الدابة راكب».

«إذا أمر الراكب إنساناً، فنخس المأمور الدابة، ووطئت إنساناً، كان الضمان عليهما، فالناخس سائق والآمر راكب»[(٢)].

«من أمسك شخصاً ليقتله آخر، فالضمان عليهما معاً عند المالكية كما سبق بيانه» «ومن حفر بئراً فأردى شخص غيره فيها، يقتص من الاثنين معاً عند المالكية، لأن الرأي عندهم أن يقتل المتسبب مع المباشر كالمكره والمستكره»[(٣)]. وقال الشافعية: يقتل القاتل والمردي، دون الممسك والحافر، لما رواه الدارقطني عن الرسول ﷺ أنه قال: «إذا أمسك الرجل الرجل حتى جاء آخر فقتله، قتل القاتل وحبس الممسك»[(٤)].

«إذا حفر رجل بئراً في الطريق، ثم جاء آخر ووسع رأسها، فسقط بها إنسان ومات، كان الضمان عليهما إنصافاً»[(٥)].

والخلاصة: أن الأصل العام هو مسؤولية المباشر في إحداث الضرر، وقد ينفرد المتسبب وحده في المسؤولية إذا كان له الدور الأهم في التعدي، وقد يشترك

---

(١) تبيين الحقائق: ٦/ ١٥٠.
(٢) المرجع السابق، المبسوط: ٢٧/ ٢ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٤٢٨، ٤٤٥.
(٣) الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٣، ٢٤٦، القواعد لابن رجب: ص٢٨٧، القوانين الفقهية: ص٣٤٥.
(٤) مغني المحتاج: ٤/ ٨، المهذب: ٢/ ١٧٦.
(٥) مجمع الضمانات: ص١٨٠.

المباشر والمتسبب في المسؤولية إذا تساوى خطؤهما تقريباً بحيث لو ترك كل واحد منهما على انفراد لأدى إلى النتيجة الحاصلة فعلاً.

حوادث الاصطدام: من المناسب أن نذكر هنا حكم حوادث التصادم كما أبانه فقهاؤنا بالنسبة إلى تصادم الماشيَين أو الراكبين أو الملاحين: إذ قد ينفرد أحدهما بالمسؤولية إذا حدث الاصطدام بتفريط مستقل منه، وقد يشترك المتصادمان في المسؤولية إذا صدر خطأ من كليهما.[(١)]

أما انفراد أحد المتصادمين في المسؤولية: فذلك كما لو تصادم رجلان أحدهما واقف والآخر ماشٍ، فالضمان على الماشي للواقف لأنه هو المتسبب. ولو تصادمت سفينتان بسبب خطأ ربان إحداهما، كان الضمان عليه؛ وكذا لو كانت سفينة واقفة على شط أو في عُرض البحر، فجاءت سفينة فصدمتها فانكسرت السفينة الواقفة، كان الضمان على صاحب السفينة الجائية إذا لم تكن الواقفة متعدية في وقوفها.

وأما اشتراك المتصادمين في الضمان ففيه اختلاف جزئي في مقدار الضمان: قال الحنفية والحنابلة: إذا اصطدم راكبان أو ماشيان أو راكب وماشٍ فماتا، أو تلف شيء بسبب التصادم، وجب على كل واحد منهما تحمل تبعة الضمان كاملة للآخر، ففي الموت يجب على كل واحد منهما دية الآخر، وفي الإتلاف يجب تعويض الغير، لأن الضرر قد حدث لكل واحد منهما بفعل نفسه وبفعل صاحبه أيضاً. هذا إذا كان التصادم **خطأ** عند الحنفية، فإن كان **عمداً** وجب عندهم تحمل نصف قيمة الضمان.

وقال المالكية والشافعية وزفر من الحنفية: إذا اصطدم فارسان أو ماشيان، أو سفينتان بتفريط من ربانهما بأن قصرا في صيانة آلاتهما، أو قدرا على ضبطهما فلم يضبطا، أو سيرا المركبين في ريح شديدة لا تسير السفن في مثلها، وجب على كل

---

(١) راجع درر الحكام: ٢/ ١١٢، مجمع الضمانات: ص١٥٠، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٩، القوانين الفقهية: ص٣٣٢، الشرح الكبير: ٤/ ٢٤٧، المهذب: ٢/ ١٩٤، غاية المنتهى: ٣/ ٢٨٢.

واحد منهما نصف قيمة ما تلف للآخر، لأن التلف حصل بفعلهما، فينقسم الضمان عليهما ويهدر النصف الآخر بسبب فعل كل واحد في حق نفسه.

فإن حدث التصادم بين السفينتين من دون تفريط، وإنما بقوة قاهرة كريح شديدة ونحوها، فلا ضمان على أحد.

المطلب الثالث : تسلسل الأضرار

إذا ترتب على فعل مؤذٍ ضرر فأكثر، فإنه يسأل المتسبب عن كل الأضرار إذا كان لفعله أثر فيها، أما إن انقطع أثر فعله بتدخل سبب آخر فلا يضمن[١].

من أمثلة الحالة الأولى: «ألقى رجل قشراً في الطريق، فزلقت به دابة ضمن إذ لم يؤذن فيه، فيضمن ما تولد منه»[٢] «رجل طرح لبناً أو ألقى تراباً كثيراً، فوهن جدار جاره، حتى انهدم الحائط، فإن دخل الوهن في الحائط من ثقله، ضمن»[٣].

«إذا ألقى شخص غيره في حوض أو نهر، ومعه دراهم، فسقطت في الحوض، فلو سقطت عند إلقائه، ضمن، لأنه بفعله، لا لو سقطت وقت خروجه عن الماء، لأنه بفعل مالكها» «لو ضرب رجلاً فسقط المضروب مغشياً عليه وسقط منه شيء، يضمن ما معه، وما عليه من مال وثياب؛ لأنه مستهلك»[٤].

ومن أمثلة الحالة الثانية: وهو تدخل سبب فاصل بين المتسبب والضرر الثاني فما بعده: «رجل حفر بئراً في الطريق، فجاء رجل، وسقط فتعلق هذا الرجل برجل آخر، وتعلق الثاني بآخر، ووقعوا جميعاً، وماتوا: إن لم يعلم كيف ماتوا، ولم يقع بعضهم على بعض، فدية الأول على الحافر، لأنه ليس لموته سبب سوى الوقوع في البئر، ودية الثاني تكون على الواقع الأول؛ لأن الأول هو الذي دفعه، حيث جرَّه إلى نفسه، ودية الثالث تكون على الثاني لهذا المعنى».

(١) المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة لأستاذنا المرحوم محمود شلتوت: ص٢٦.
(٢) مجمع الضمانات: ص١٤٩.
(٣) المرجع السابق: ص١٥٢.
(٤) جامع الفصولين: ٢ س١١٥.

وإن كان قد وقع بعضهم على بعض في البئر ولا يعلم كيف حالهم ففي مقتضى القياس وهو قول محمد: دية الأول تكون على عاقلة الحافر (أي أسرته) ودية الثاني على عاقلة الأول، ودية الثالث على عاقلة الثاني وقيل في ذلك قول آخر...[1]».

مقارنة: ينص القانون المدني على ما يأتي: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»[2] يفهم من هذه المادة أن المسؤولية التقصيرية لها أركان ثلاثة: الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر. وكذلك المسؤولية العقدية كالمسؤولية التقصيرية تقوم على أركان ثلاثة: الخطأ العقدي، الضرر، علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر[3]. وهذه هي نفس العناصر التي يقوم عليها الضمان في الفقه الإسلامي كما أوضحنا.

إلا أن الركن الأول - وهو الخطأ: يقوم قانوناً على ركنين: ركن مادي وهو الانحراف أو التعدي، أو مخالفة واجب قانوني، وركن معنوي وهو الإدراك أو التمييز.

أما الركن المادي وهو التعدي: فيتفق في شأنه القانون والفقه الإسلامي، فهو قانوناً إخلال بالتزام قانوني، أو عقدي، وفقهاً: هو العمل من دون حق ولا إباحة شرعية. ويتفق الفقه الإسلامي والقانون في الجملة على حالات لا يعد فيها التعدي خطأ: وهي الدفاع الشرعي[4] وحالة الضرورة[5]، وتنفيذ أمر صادر من

---

(١) مجمع الضمانات: ص١٨٠.

(٢) المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري، المادة ١٦٤ من القانون المدني السوري.

(٣) الوسيط للدكتور السنهوري: ص٦٥٥، ٧٧٥، ط١٩٥٢ مصادر الحق للسنهوري أيضاً: ص١٢٠، ط١٩٥٩ موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحي حجازي: ص٤٤٩ ط١٩٥٥.

(٤) نص القانون المدني هو «من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير، أو ماله، كان غير مسؤول، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض يراعي فيه مقتضيات العدالة» (م ١٦٦ مدني مصري، م ١٦٧ مدني سوري).

(٥) النص القانوني هو «من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر، محدقاً به، أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً» (م ١٦٨ مدني مصري، م١٦٩ مدني سوري).

الرئيس[١] إلا أنه شرعاً يجب في الحالة الأخيرة أن يكون الأمر مشروعاً أي بحق، وأن يكون للآمر سلطة على المأمور. ويتفقان أيضاً في عدم وجود المسؤولية المدنية أي الضمان في حالتي الدفاع الشرعي، وتنفيذ الأمر الصادر من الرئيس، وفي أن حالة الضرورة لا تمنع المسؤولية عن التعويض.

وأما الركن المعنوي أي الإدراك[٢] الذي بمقتضاه لا يسأل غير المميز قبل سن السابعة، ولا المجنون والمعتوه والسكران باختياره، فإن الفقه الإسلامي والقانون المدني المعمول به في مصر وسورية حالياً يختلفان في شأنه، فهؤلاء غير مسؤولين قانوناً، إلا أنهم شرعاً يحكم عليهم بالضمان أي يسألون مدنياً لا جنائياً حفاظاً على أموال الناس، ويتعلق الالتزام بالنسبة إلى الصبي والمجنون ونحوه بمالهما أو بذمتهما، والذي يتولى أداء التعويض هو الولي، أو هما بعد الإفاقة أو البلوغ، وليس ذلك من باب الخطاب التكليفي في شيء، بل من قبيل الخطاب الوضعي، أي إن الضمانات مسببات ترتب على أسبابها، كما يتعلق الضمان ببعض أفعال البهائم، فالتضمين ليس جزاء فعل، وإنما هو بدل مال، ففي تشريعه إحياء حقوق الآخرين في أموالهم. وأما السكران فيسأل مدنياً وجنائياً، لأن السكر لا يعدم العقل، وإنما يزيل قدرة فهم الخطاب التكليفي بسبب هو معصية، فيجعل ذلك في حكم الموجود فعلاً زجراً له، وعقوبة على سكره[٣].

وهذا الاتجاه يتلاءم مع النظرية المادية في المسؤولية التقصيرية، التي تبني المسؤولية على أساس تحمل التبعة لا على الخطأ، ومن ثَمَّ يسأل عديم التمييز

(١) نص القانون على ما يأتي: «لا يكون الموظف العام مسؤولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع منه، وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة، وأنه راعى في عمله جانب الحيطة» (م ١٦٧ مدني مصري، م ١٦٨ مدني سوري).

(٢) نصت المادة ١٦٤: ١ مدني مصري، ١٦٥: ١ مدني سوري على ما يأتي: «يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز».

(٣) انظر عوارض الأهلية في كتب أصول الفقه، وراجع كتابنا الوسيط في أصول الفقه الإسلامي: ص١٥٧، ١٦٦ وما بعدها، ١٧٨.

لإحداثه الضرر؛ وإن لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ، إلا أن الفقه والقانون يقتربان حينما يقرر القانون أن المضرور من فعل عديم التمييز يستطيع الرجوع على من تجب عليه رقابة عديم التمييز. إذ يكون هذا الرقيب مسؤولاً عن خطئه في مراقبة عديم التمييز. فإن لم يوجد من هو مسؤول عنه، أو أثبت المسؤول عدم استطاعته منع وقوع الفعل الضار، يمكن الرجوع على غير المميز على أساس فكرة تحمل التبعة لا على أساس الخطأ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ مصري، ١٦٥ سوري على هذا فقالت: «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً في ذلك مركز الخصوم» ويظهر من ذلك أن المسؤولية لغير المميز تتميز بأنها مسؤولية مشروطة، ومسؤولية مخففة أي في حدود التعويض العادل[(١)].

ومع كل هذا فقد وجدنا في فقه المالكية اتجاهاً لبعض فقهائهم يؤيد ما سار عليه القانون من عدم مسؤولية الصبي غير المميز في إتلافه النفس أو المال كالعجماوات[(٢)].

والخلاصة أن الشريعة تقيم المسؤولية على أساس ركن واحد مادي وهو التعدي أو الخطأ، وأما القانون المطبق حالياً في سورية ومصر فإنه يقيم المسؤولية على أساس ركن مادي وهو التعدي وركن معنوي وهو الإدراك.

وأما إساءة استعمال الحق أو التعسف في استعمال الحق فقد أصبح حديثاً عند القانونيين معتبراً صورة خاصة من صور الخطأ، بعد أن ظل فقه القرن التاسع عشر أمداً طويلاً، لا يعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ، حسب نظرية الحقوق الفردية عند جان جاك روسو، ومقتضاها أن الطبيعة قد منحت الإنسان عدداً من الحقوق والحريات، أي إن الحق سلطة مطلقة لا يجوز تقييدها.

---

(١) انظر الوسيط للسنهوري: ص٧٩٧ وما بعدها، النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور حجازي: ص٤٥٧ وما بعدها.

(٢) القوانين الفقهية: ص٣٣٣.

أما الآن فقد تغير تصوير الحق، إذ أصبح عبارة عن قيمة اجتماعية، فإذا تعسف الشخص في استعماله لحقه، وجب أن يلتزم بإصلاح الضرر الناجم من استعماله حقه استعمالاً تعسفياً. وأما الأحوال التي يعدّ الشخص فيها مسؤولاً إذا تعسف في استعماله حقه، فقد ترددت بين نظريتين: نظرية مضيقة، ونظرية موسعة، أما الأولى فمقتضاها أن التعسف في استعمال الحق هو استعمال بقصد سيّئ أو شرير، أي إن مناط التعسف هو قصد الإضرار، وأما الثانية فمقتضاها عند جوسران: أن التعسف يكون إذا كان هناك انحراف بالحق عن غرضه الاجتماعي، وعند مازو ولالو: أن التعسف هو خطأ في استعمال الحق، سواء أكان ذلك بإهمال أم بنية الإضرار.

وأما موقف القانون المدني فإنه قصر التعسف على حالات الاستعمال غير المشروع وهي ثلاث[1].

١- إذا لم يقصد باستعمال الحق سوى الإضرار بالغير.

٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

وعلى هذا فإن استعمال الشخص لحقه لا يكون تعسفياً ومن ثمّ خطأ تترتب عليه مسؤولية صاحب الحق إلا إذا قصد به الإضرار بالغير، أو ترجح الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً أو تحققت مصلحة غير مشروعة. ومعيار الخطأ في التعسف هو معيار موضوعي وهو الانحراف عن سلوك الشخص العادي، والأساس القانوني لنظرية التعسف ليس إلا المسؤولية التقصيرية، إذ التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، ويطبق في شأن جزاء التعسف قواعد المسؤولية التقصيرية، هذا الجزاء قد يكون نقدياً وقد يكون عينياً[2].

---

(١) نصت المادة /٤/ مدني مصري، /٥/ مدني سوري على ما يلي: «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر» ثم أردفت المادة التالية ذكر أحوال الاستعمال غير المشروع التي بيناها.

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري: ص٨٣٤ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص٤٦١ وما بعدها.

وقد سبق الفقه الإسلامي كما أوضحنا إلى معرفة نظرية التعسف في استعمال الحق في حدود معقولة، أخذ بها القانون المدني في مصر وسورية، وفقاً لما قرره الحنابلة والمالكية استدلالاً بحديث «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» الذي يقضي بمنع الضرر في حالتين:

الأولى - استعمال الحق بقصد الإضرار.

الثانية - أن يترتب على استعمال الحق المشروع إضرار الآخرين، سواء أكان الاستعمال على وجه معتاد أم على غير الوجه المعتاد.

وفي كلتا الحالتين توجب قواعد الإسلام إزالة الضرر عيناً، سواء أكان مادياً أم معنوياً، لأن الراجح كما سنبين في بحث محل الضمان أن المنافع أموال متقومة، فإن تعذر ذلك، يجب الحكم بتعويض مالي عادل لرفع آثار الضرر ومنع بقائه أو تجدده في المستقبل. والحالة الأولى في القانون، والحالة الثانية هنا تقابل الحالة الثانية في القانون وتتفق مع ما أخذت به المجلة ويقتضيه الاستحسان الفقهي. وأما الحالة الثالثة في القانون فهي مستمدة من مجموع ما تقرره المذاهب الإسلامية وتقتضيه روح التشريع الإسلامي في محاربة الأعمال غير المشروعة، وأنه يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام، ونحو ذلك من كل ما يجعل للحق صفة اجتماعية في الإسلام.

وأما الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية وهو الضرر: فإن الفقه الإسلامي والقانون المدني يتفقان على وجوب تعويض الضرر المادي بمختلف أشكاله إذا كان ضرراً محققاً، سواء أكان يسيراً أم فاحشاً، قولاً أم فعلاً، سلبياً أم إيجابياً، إلا أنهما يختلفان في تعويض الضرر عن إتلاف الأموال غير المتقومة شرعاً كالخمور والخنازير وآلات الملاهي وكتب الضلال، فلا تضمن هذه الأموال شرعاً كما سنبين في شروط الضمان ولكنها تضمن قانوناً.

وأما الضرر الأدبي أو المعنوي (وهو الذي قد يصيب الجسم، فيحدث تشويهاً فيه فيتألم الشخص لذلك، أو قد يصيب الشخص في شرفه أو في اعتباره أو في

عرضه أو في عاطفته، وبالجملة فهو عبارة عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان)[١] فلا ضمان له في الأصل عند جمهور فقهاء الإسلام، لأن الضمان مال، والضرر الأدبي لا يمكن تقويمه بالمال[٢] فلا يضمن لدى فقهائنا.

إلا أن بعض الفقهاء - كما بيّنا سابقاً - قال بلزوم التعويض عن الضرر الأدبي، وهذا الرأي هو المتفق في تقديرنا مع الروح العامة للنصوص الشرعية التي تمنع الضرر بجميع أنواعه وترمم آثاره، وتساير المصالح حسب كل زمان ومكان، بل إن جمهور الفقهاء يقررون عقاباً جنائياً وهو التعزير على أنواع الضرر الأدبي، وللقاضي كما عرفنا أن يحكم بالتعزير بالعقوبات أو الغرامات المالية على ما يقتضيه التحقيق العلمي في أحكام فقه المذاهب الإسلامية[٣].

وأما الركن الثالث للمسؤولية وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر أو علاقة التعدي بالضرر كما يفهم من كلام فقهاء الإسلام، فإن الفقه والقانون يلتقيان - في الجملة - في النتائج المترتبة على وجود هذه العلاقة إذ هي تعني عند القانونيين: أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، والضرر الذي أصاب المضرور[٤] ويسأل الشخص قانوناً عن الأضرار المباشرة، وغير المباشرة المتصلة بالخطأ اتصالاً واضحاً.

وأما الفقهاء المسلمون فيقررون أنه لا بد في الضمان من أن يكون الضرر مرتبطاً بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب. ويسأل الشخص شرعاً عن الأضرار المباشرة التي يلحقها بغيره، وكذا عن الأضرار التي يكون متسبباً في إحداثها مباشرة، والأصل العام هو مسؤولية المباشر، لكن قد ينفرد المتسبب بالضمان، وقد يشترك هو مع المباشر، ولا ضمان في غير المباشرة والتسبب[٥].

---

(١) انظر الوسيط للسنهوري: ص٨٦٤، النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ص٤٧٤.
(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ١٧١.
(٣) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٦٦ وما بعدها، ط السنة المحمدية.
(٤) الوسيط للسنهوري: ص٨٧٢.
(٥) النظرية العامة للموجبات للمحمصاني: ١/ ١٨٠.

ويتفق القانون وفقه الإسلام في الأحوال التي تنتفي أو تنعدم فيها السببية وهي قيام السبب الأجنبي لقوة قاهرة، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير[١].

وفي حال تعدد الأسباب ووحدة الضرر يتفق جمهور الفقهاء مع ما تقرره نظرية السبب المنتج ومقتضاها الاعتداد في المسؤولية المدنية بالسبب الأقوى أو السبب الذي يؤدي عادة إلى إحداث الضرر. ويتفق مقتضى الاستحسان عند الحنفية مع ما تقرره نظرية تكافؤ الأسباب التي ترى الأسباب كلها متكافئة في إحداث الضرر بحيث لا يغلب سبب على آخر، ولا تخفف المسؤولية بسبب تدخل أسباب أخرى[٢].

هذا بالنسبة للمسؤولية المدنية، أما بالنسبة للمسؤولية الجنائية فإن رأي المالكية في قتل الجماعة بالواحد أو التمالؤ على القتل يتفق مع ما جرى عليه القانون الجنائي في معاقبة الشريك كالفاعل الأصيل، وهذا ما يعرف بالاشتراك الجرمي الذي يتم بإحدى صور ثلاث: هي التحريض والاتفاق والمساعدة[٣]، ولكن بشرط

---

(١) تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري والمادة ١٦٦ من القانون المدني السوري على أنه: «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوى قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك».

(٢) يلاحظ أن النظرية الثانية أقل عدالة من النظرية الأولى، مما يقتضي العدول عنها جزئياً، وإن كان الفقه القانوني يميل إليها نظرياً لبساطتها (انظر الوسيط للسنهوري: ص٩٠٤ وما بعدها، نظرية الالتزام لحجازي: ص٤٨٣ وما بعدها).

(٣) نصت المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري على جريمة الاشتراك فقالت: «يعد شريكاً في الجريمة:

أولاً: كل من حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الفعل وقع بناء على هذا التحريض.

ثانياً: من اتفق مع غيره على ارتكاب الجريمة فوقعت بناء على هذا الاتفاق.

ثالثاً: من أعطى الفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأي طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة لارتكابها.

ونصت المادة ٢١٢ من قانون العقوبات السوري على ما يأتي: «كل شريك في الجريمة عرضة للعقوبة المعينة لها في القانون».

تحقق رابطة السببية المباشرة أي صلة السبب بالنتيجة. بمعنى أنه يجب أن يكون وقوع الجريمة قد جاء نتيجة للتحريض أو الاتفاق أو المساعدة[١]. والشريعة الإسلامية تشترط أيضاً لمسؤولية الجاني عن القتل أن يكون بين فعله وبين الموت رابطة السببية المذكورة[٢].

كذلك يتفق القانون الجنائي في تجريم أعمال الشريك مع ما قرره المالكية والحنابلة في رواية عن أحمد من مسؤولية كل من الممسك والمباشر لجريمة القتل.

ويتفق الفقه الإسلامي والقانون الجنائي أيضاً في تجريم شاهد الزور كما بينا فيمن رجع عن شهادته، فقد نصت المادة (٢٩٥) عقوبات مصري على الحكم بالإعدام على شاهد الزور إذا نفذ الحكم بالإعدام على المشهود عليه، ونصت المادة (٣٩٨/ ٣) عقوبات سوري في هذه الحالة على سجنه عشر سنوات أو خمسة عشر سنة مع الأشغال الشاقة.

وإذا تسلسلت الأضرار: يسأل الشخص شرعاً عن كل ضرر كان لفعله أثر فيه دون تدخل شيء آخر، وهذا هو معنى قول القانونيين: إن من يرتكب خطأ يسأل عن جميع الأضرار المباشرة الناشئة من ذلك الخطأ، فلا يسأل إذن عن الضرر غير المباشر. والضرر المباشر: هو الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ، وهو الضرر الذي لم يكن في استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

ويلاحظ التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج، ففي الحالة الأولى: الضرر واحد لم يتعاقب، والأسباب هي التي تعاقبت فتعددت، وفي الحالة الثانية: السبب واحد لم يتعدد، والأضرار هي التي تعاقبت عن هذا السبب الواحد، فصارت أضراراً متعددة[٣].

---

(١) راجع موجز القانون الجنائي لأستاذنا الدكتور علي راشد: ص٢١٥-٢٣١ ط١٩٥٣، مبادئ قانون العقوبات للدكتور محمد فاضل: ص٣٥١ وما بعدها، ط١٩٦٣.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة: ٢/ ٥١.

(٣) الوسيط للسنهوري: ص٩٠٨ وما بعدها، حجازي: ص٤٨٥ وما بعدها.

المبحث الثالث : شرائط الضمان

للشريعة الإسلامية نظرة دينية معروفة إلى المعاملات المدنية التي تتخذ منها مؤيداً لاحترام أحكامها العامة، وضامناً لتنفيذ سياستها التشريعية في الإصلاح والمحافظة على مصالح الناس، ومن خلال تلك النظرة وبراعمها المتفتحة، نجد عناية خاصة بناحية واقعية في الحياة العملية وهي مسألة الضمانات، التي يشترط لوجوبها بسبب الإتلاف وتحقق الضرر شرائط، حتى إذا فقدت أو فقد بعضها لم يجب الضمان وهي ما يأتي(١).

١- أن يكون الشيء المتلف مالاً(٢)، فلا ضمان بإتلاف الميتة وجلدها، والدم والتراب العادي، والكلب والسرجين النجس، ونحو ذلك مما ليس بمال عرفاً وشرعاً.

٢- أن يكون متقوماً بالنسبة للمتلف عليه، والمتقوم: هو ما يباح الانتفاع به شرعاً في غير حال الاضطرار(٣)، فلا ضمان بإتلاف خمر أو خنزير لمسلم، سواء أكان المتلف مسلماً أم ذمياً أي (معاهداً من غير المسلمين بأن يقيم إقامة دائمة مع المسلمين)، وذلك لعدم تقوم الخمر والخنزير في حق المسلم، إذ لا يباح له الانتفاع بهما شرعاً، فلا قيمة لهما(٤).

---

(١) المبسوط: ١١/٥٣، البدائع: ٧/١٦٧ وما بعدها، درر الحكام: ٢/٢٦٨، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/٢٣٣-٢٣٧، اللباب شرح الكتاب: ٢/١٩٥، فتح القدير: ٧/٣٩٧، كشاف القناع: ٤/٩٧، نهاية المحتاج: ٤/١١١، مغني المحتاج: ٢/٢٧٧.

(٢) المال عند الحنفية: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، أو بعبارة أدق: كل عين ذات قيمة مادية بين الناس، وعند جمهور الفقهاء: المال: ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من طريق مباح. وبعبارة أخرى: هو ما أمكن حيازته مما ينتفع به حقيقة ويباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق (رد المحتار: ٤/٣، شرح مرشد الحيران للأبياني والسنجقلي: ١/٢، المدخل لنظرية الالتزام للزرقاء: ص١١٤ وما بعدها، والموافقات للشاطبي ٢/١٧).

(٣) شرح مرشد الحيران، المكان السابق.

(٤) قال البغدادي في مجمع الضمانات ص٤٥٧: يضمن المسلم للمسلم في أربعة أشياء: إذا غصب منه شيئاً فنقص في يده، الثاني: الزيت أو السمن إذا وقعت فيه فأرة ثم أراقها مسلم على مسلم، يضمن له قيمته، الثالث: الكلب المعلم أو البازي المعلم أو الفهد المعلم إذا أتلفه يضمن عندنا، الرابع: السرقين إذا أحرقه أو ألقاه في أرضه.

أما إذا كانت الخمور والخنازير لغير مسلم أي لذمي، فأتلفها له مسلم أو غيره، ضمن له قيمتها إذا كان مسلماً، ومثلها إذا كان غير مسلم عند الحنفية والمالكية[(١)]، لتعديه عليه، ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها، بدليل ما روي عن عمر ﷺ أن عامله كتب إليه: «إن أهل الذمة يمرون بالعاشر[(٢)] ومعهم الخمور» فكتب إليه عمر: «ولوهم بيعها، وخذوا منها عشر أثمانها» فقد جعلها مالاً متقوماً، وإذا كانت مالاً، وجب ضمانها كسائر أموالهم. ثم إن الخمر كانت مالاً متقوماً في الشرائع السابقة، وقد أمرنا - نحن المسلمين - بتركهم (أي غير المسلمين) وما يدينون[(٣)]. وهذه نظرة عدل سديدة تتفق مع احترام العهود لغير المسلمين، وأما كون الخمر ونحوها غير متقومة فهذا بالنسبة إلى المسلم فقط.

وقال الشافعية والحنابلة: لا يجب ضمان الخمر والخنزير، سواء أكان متلفه مسلماً أم ذمياً لمسلم أو ذمي، إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة، وما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل عنه، بدليل أن الرسول ﷺ حرم بيعها وأمر بإراقتها، فما لا يحل بيعه ولا تملكه، فلا ضمان فيه. وتحريم البيع ثابت بحديث جابر ﷺ أنه سمع من رسول الله ﷺ يقول عام الفتح: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[(٤)]، ثم إن الخمر ونحوها محرمة العين، ولا ضمان بإتلافها لمسلم، فكذلك الذي مثله[(٥)]، أي فكأن هؤلاء يرون هذا التحريم من قواعد النظام العام.

ويترتب على اشتراط تقوم المتلفات أيضاً أنه لا ضمان عند جمهور الفقهاء بإتلاف الأصنام وآلات اللهو والفساد كالطبل والمزمار والدف ونحوها من أدوات

---

(١) البدائع: ٧/ ١٤٧، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه: ٢/ ٢٠٤ ط البابي الحلبي، المحلى: ٨ مسألة ١٢٦٦.

(٢) العاشر: هو من يأخذ عشر البضائع المارة بالبلاد الإسلامية مثل موظف الجمرك الآن.

(٣) روي عن سيدنا علي أنه قال: «أمرنا بتركهم وما يدينون».

(٤) أخرجه البخاري ومسلم، وهو حديث متفق على صحته.

(٥) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٥، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٥٨، المغني ٥/ ٢٧٦ الطبعة الثالثة، الإفصاح: ص٢٢١، المحلى، المكان السابق، الميزان للشعراني: ٢/ ٩٠، المهذب ١/ ٣٧٤.

الموسيقا، لعدم تقومها، إذ إن منفعتها محرمة لا تقابل بشيء، لأنها أدوات لهو، فلا قيمة لها بدليل الحديث السابق: «إنّ الله تعالى حرم بيع الأصنام»، وما لا قيمة له لا يضمن، لذا شرط هؤلاء الفقهاء أن يكون المال مباحاً.

وقال أبو حنيفة والشافعي: تضمن باعتبارها خشباً منحوتاً مثلاً؛ لأن هذه الآلات كما تصلح للهو والفساد، تصلح للانتفاع بها من وجه آخر، فكانت مالاً متقوماً من تلك الناحية فقط[١].

ولا ضمان كذلك بإتلاف الأموال المباحة التي ليست مملوكة لأحد لعدم تقومها، إذ التقوم ينبني على كون الشيء عزيز المنال، خطير الأهمية، وهذا المعنى لا يتحقق إلا بالإحراز والاستيلاء.

ولا ضمان أيضاً بتحريق كتب الفسق والضلال، لاشتمالها على الكذب ولإلحاقها ضرراً كبيراً بعقيدة الأمة ووحدتها، فيجب إتلافها وإعدامها وهي أولى بذلك من إتلاف آلات اللهو والمعازف وإتلاف آنية الخمر الذي أمر به رسول الإسلام[٢]، فإن ضررها أعظم من ضرر هذه، ولا ضمان فيها، كما لا ضمان في كسر أواني الخمر وشق زقاقها أي ظروفها وأوعيتها، وقد حرّق الصحابة جميع المصاحف المخالفة للمصحف الموحد الخط: وهو مصحف عثمان، لما خافوا على الأمة من الاختلاف في التلاوة، لاختلاف اللهجات وطرائق النطق[٣].

٣- أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائم، فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها، فلا ضمان، كأن عولج المرض أو نبتت سن الحيوان في المدة التي بقي فيها الشيء المغصوب في يد الغاصب، لأن النقص الحاصل عندما أزيل أو السن لما نبتت ثانياً، جعل الضرر كأن لم يكن، ويرد على الغاصب أو المعتدي

(١) البدائع ٧/ ١٦٨، مغني المحتاج، المكان السابق، المحلي على المنهاج: ٣/ ٣٣، المهذب، المكان السابق، الإفصاح، المكان السابق، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، المغني: ص٢٧٨، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص٢٧١ وما بعدها.

(٢) انظر نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٩ وما بعدها.

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٧٥ وما بعدها، مطبعة السنة المحمدية.

ما أخذ منه بسبب النقصان، لأنه تبين أن ذلك النقصان لم يكن موجباً للضمان لعدم تحقق شرط الوجوب: وهو العجز عن الانتفاع على طريق الدوام على حد تعبير الكاساني، وهذا عند أبي حنيفة. وقال الصاحبان: على الجاني الأرش كاملاً: لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة جديدة من الله[١].

٤- أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان، فلا يضمن المالك ما تتلفه بهيمته من الأموال، لأن فعل العجماء جُبَار أي هدَر، وسنذكر اختلاف الفقهاء في ذلك. ولا يشترط التمييز لإيجاب الضمان، نصت المادة (٩١٦) من المجلة على ما يأتي: «إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره، ولا يضمن وليه».

٥- أن يكون في إيجاب الضمان فائدة، حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه، فإن لم يكن في التضمين فائدة فلا ضمان. وعلى هذا فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي[٢]، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية لتنفيذ الأحكام على رعايا بلد آخر، وليس مال الحربي بالنسبة للمسلم وعكسه محترماً، أي مصوناً يجب الحفاظ عليه وإنما هو هدر. لهذا شرط الفقهاء في الضمان أن يكون المال محترماً، فمال الحربي في نظر الشرع مباح، فمن أخذه لا يعد غاصباً[٣].

وكذا لا ضمان على العادل إذا أتلف مال الباغي[٤]، ولا على الباغي إذا أتلف مال العادل؛ لأنه لا فائدة في التضمين، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان لعدم وجود الولاية والسلطة.

وأضاف الشافعية على هذه الشروط أن تثبت اليد على المال: فلا يضمن

(١) البدائع: ٧/ ١٥٥و ١٥٧. تبيين الحقائق: ٦/ ١٣٧، كتاب القدوري وشرحه: ٣/ ١٩٠.
(٢) الحربي: هو من بيننا وبين بلاده عداوة وحرب.
(٣) انظر نهاية المحتاج للرملي: ٤/ ١١١.
(٤) العادل ضد الباغي، وجمعه بغاة، والبغاة: قوم كالخوارج لهم شوكة ومنعة، خالفوا جماعة المسلمين في بعض الأحكام الشرعية بتأويل فاسد لبعض النصوص، وظهروا على بلدة من البلاد، ونظموا عسكراً لهم ونفذوا أحكامهم الخاصة.

الشخص طائراً فزع من مسيره من غير قصد، فخرج من القفص الذي كان مفتوحاً، ولا يضمن المشتري مبيعاً تلف قبل القبض(١). وسنذكر في أسباب الضمان شروط الإتلاف تسبباً.

هذا... ولا يشترط في الضامن كونه بالغاً عاقلاً، فإن الصبي والمجنون يضمنان ما يتلفانه من أموال، كما ذكرنا سابقاً.

ولا تكون حالة الضرورة سبباً للإعفاء من الضمان، فمن اضطر حال الجوع مثلاً لتناول مال الغير، فإنه يلزمه ضمانه، بالرغم من إباحة التناول حفاظاً على النفس من الهلاك.

ولا يعتبر الجهل بكون المال المتلف مال الغير، فالعلم بذلك ليس بشرط لوجوب الضمان، فمن أتلف مالاً ظاناً أنه ملكه، ثم تبين أنه مملوك لغيره، ضمنه، لأن الإتلاف واقعة مادية، لا يتوقف وجودها على العلم بكون المتلف مال الغير، كل ما في الأمر أن الإتلاف إذا تم مع العلم، فإنه يستوجب الضمان والإثم الأخروي، وإذا حدث جهلاً فإنّه يستوجب الضمان فقط، ويرتفع الإثم لأن الخطأ مرفوع المؤاخذة شرعاً، لقوله ﷺ: «إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»(٢).

المبحث الرابع: أسباب التضمين الشرعية أو مصادر الضمان

يتبين مما ذكر الفقهاء في الفقه العام أن أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف، وبعبارة أخرى: العقد، ووضع اليد، سواء أكانت اليد عادية أي معتدية غير مؤتمنة، أم ليست بعادية، والإتلاف مباشرة (أي العدوان) أو تسبباً(٣).

---

(١) نهاية المحتاج: ٤/ ١١٣.

(٢) حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي وغيرهما من حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) راجع المبسوط: ١١/ ٥٤، البدائع: ٧/ ١٦٤، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، القوانين الفقهية: ص٣٣٥، الفروق للقرافي: ٢/ ٢٠٦ وما بعدها، ٤/ ٢٧، تهذيب الفروق بهامشه: ٢/ ٢٠٣ وما بعدها، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ٢/ ١٣١ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٨، الوجيز وشرحه فتح العزيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٣٩ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٢٠٤، ٥٥ وما بعدها.

١- **أما العقد:** فهو مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أدخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه. قال السيوطي: ما يضمن ضمان عقد قطعاً: هو ما عين في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح[١]، فمقتضى عقد البيع مثلاً تسليم المبيع والثمن، وسلامة العوضين من العيب، وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تبين وجود عيب في المبيع، أو كان الثمن أو المبيع مستحقاً لغير من سلمه، كانت المسؤولية عقدية مستوجبة للضمان لخطأ عقدي.

وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه والمسؤولية في الإخلال بها قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ٥/١]. وقول الرسول ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[٢]. ومن قواعد فقهاء الحنفية والمالكية: «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م: ٨٣) للحديث السابق، والمراد بالشرط هنا الشرط التقييدي لا التعليقي، فيجب تنفيذه إذا كان ذلك مفيداً، مثلاً: إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها الوديع إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان المكان الثاني مثل الأول في درجة الحفظ أو أحفظ منه، ثم تلفت الوديعة أو سرقت، فلا يضمن الوديع، لأن التقييد بالمكان الأول غير مفيد[٣].

وقال الشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم: يجب مراعاة الشرط متى أمكن وإن لم يكن التقييد مفيداً، ففي المثال المذكور: يضمن الوديع مثل الوديعة أو

(١) الأشباه والنظائر: ص٢٧٧.
(٢) أخرجه الترمذي عن عمرو بن عوف وقال: هذا حديث حسن صحيح، وأخرجه أيضاً الحاكم وابن حبان.
(٣) المبسوط: ١١/ ١٢١، البدائع ٦/ ٢١٠، تكملة فتح القدير: ٧/ ٩٧، مجمع الضمانات: ص٦٩ وما بعدها، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣/ ٤٢٣.

قيمتها، سواء نقلها إلى مكان مماثل في الحفظ أو دونه أو أعلى منه، لأنه خالف المودع لغير فائدة ولا مصلحة، ولا تجوز مخالفته لغير ضرورة[١].

وأما أساس تنفيذ الشرط المتعارف عليه والمسؤولية في الإخلال به، فهو ما قرره الفقهاء من قواعد، منها: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» «المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة» «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم». وعلى هذا قالوا: إن العقد المطلق مقيد بالعرف والعادة ضمناً، كما يتقيد نصاً، فإذا استعار إنسان سيارة أو دابة، فلا يجوز له أن يحملها فوق المعتاد لمثلها، ولا يستعملها بعمل دائم ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من السيارات والدواب[٢].

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء أكان هناك تعدٍ أو تقصير أم لا، وهذه هي عقود الضمان كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه هي عقود الأمانة كالوديعة ونحوها، وإما أن يكون في بعض الحالات أو الأوجه، وهذه هي العقود المزدوجة الأثر كالإجارة، وقد خصصنا في الفصل الثاني مبحثين للكلام على هذه العقود تفصيلاً.

٢- **وأما وضع اليد:** فهو مصدر للضمان سواء أكانت اليد غير مؤتمنة أم مؤتمنة.

واليد غير المؤتمنة: إما أن تكون بغير إذن المال كيد السارق والغاصب، أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض، والمشتري بعد قبض المبيع سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً، ومقترض الأعيان بعد قبضها، والقابض على سوم الشراء، ومستأجر الدابة المتعدي المخالف للشرط أو للمعتاد، ونحو ذلك، فإن يد هؤلاء يد ضمان يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف ولو بآفة سماوية أي بقوة قاهرة.

---

(١) المهذب: ١/ ٣٥٩ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣/ ٨٤ وما بعدها، المغني: ٦/ ٣٨٧ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١١/ ١٤٤، البدائع: ٦/ ٢١٥، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٠٧، حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥٢٧، مجمع الضمانات: ص٥٧ وما بعدها.

واليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع، وعامل المضاربة والمساقاة والأجير الخاص، وكأيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والحكام على تلك الأموال وعلى أموال الغائبين والمجانين ونحوهم، فهؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي أو بالتقصير، لأن الأيدي هنا مؤتمنة.

هذا وقد ذكر ابن رجب الحنبلي أنواع الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه، فرأينا ذكرها هنا، لأن منها ما هو موجب للضمان، ومنها ما هو غير موجب له، فقال[1]:

الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاث:

١- يد تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان.

٢- يد لا تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان.

٣- يد لا تفيد الملك وتثبت الضمان.

أما **الأولى** فحالاتها هي:

أولاً- استيلاء الحربيين على أموال المسلمين: إذا استولى الأعداء بسبب الحرب على أموال إسلامية فإنهم يتملكونها عند جمهور الفقهاء[2]، ولا يضمنونها، كما لا يضمنون ما وضعوا أيديهم عليه، ولكنهم لم يحوزوه إلى بلادهم، ولا ما شرد إليهم من دواب المسلمين.

ثانياً- استيلاء الأب على مال الابن: إذا استولى الأب على مال الابن، فلا ضمان عليه، حتى ولو أتلفه على أصح الوجهين عند الحنابلة.

وأما **اليد الثانية** فحالاتها ما يأتي:

أولاً- من له ولاية شرعية على القبض كالأب والوصي عند قبض مال القاصر.

ثانياً- من قبض المال لحفظه للمالك كواجد اللقطة.

---

(١) راجع القواعد: ص٢٠٦ وما بعدها بتصرف كبير.

(٢) خالف في ذلك الشافعية والظاهرية والشيعة الإمامية فقرروا عدم تملك غير المسلم مال المسلم أو الذمي بالحرب (راجع آثار الحرب في الفقه الإسلامي للمؤلف: ص٦١٤ طبعة ثانية، الخلاف في الفقه للطوسي ٢/ ٥٠٢).

ثالثاً- البغاة: وهم الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام الحاكم، لا يضمنون في الأصح ما يتلفونه لجماعة المسلمين حال الحرب، وكذلك لا يضمن المسلمون لهم ما يتلفونه لهم حال الحرب أيضاً.

وكذلك المرتدون الذين أعلنوا ردتهم عن الإسلام ولحقوا بالأعداء في دار الحرب، أو اجتمعوا في مكان خاص بهم وكان لهم قوة ومنعة، فإنهم لا يضمنون ما يتلفونه للمسلمين، مثل الحربيين في الأرجح عند الحنابلة.

وأما **اليد الثالثة**: فهي اليد العادية التي يترتب عليها الضمان، كيد الغاصب والسارق ونحوهما.

٣- **وأما الإتلاف**- فهو سبب لوجوب الضمان إذا توافرت الشروط والأركان التي ذكرناها: لأنه اعتداء وإضرار، وقد قال الله سبحانه: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

والإتلاف: هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة[١]. ويرد على النفس الإنسانية والبهائم والجمادات والأشياء. وإتلاف النفس الإنسانية يختص ببحث المسؤولية الجنائية، ونقصر كلامنا هنا على إتلاف الأشياء والبهائم والجمادات.

والإتلاف عند الفقهاء نوعان: إتلاف بالمباشرة، وإتلاف بالتسبب.

فالإتلاف بالمباشرة: هو إتلاف الشيء من دون أن تكون هناك واسطة، أو هو ما أثر في التلف وحصله[٢]، أو هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله: فاعل مباشر (م ٨٨٧ مجلة) مثل القتل والذبح، والإحراق والإغراق وهدم الدور، وأكل

(١) البدائع: ٧/ ١٦٤.

(٢) مذكرات عن المعاملات الشرعية للمرحوم زيد الأبياني: ص١٨٩، التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة: ٢/ ٣٦. وعرف الكاساني في البدائع: ص١٦٥ الإتلاف بالمباشرة بقوله: «إيصال الآلة بمحل التلف» وقال العز بن عبد السلام في قواعده: ٢/ ١٣١: المباشرة هي إيجاد علة الهلاك.

الأطعمة، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر، وكسر الإناء، وإتلاف الدراهم والدنانير أو استهلاكها ونحو ذلك.

هذا وقد ذكر شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام صور الإتلاف مباشرة رأينا تلخيصها هنا: لأنه يتبين منها ما هو مشروع أو غير مشروع من الإتلافات، فقال:

الإتلاف أنواع:

أحدها: إتلاف لإصلاح الأجساد وحفظ الأرواح، كإتلاف الأطعمة والأشربة والأدوية، وذبح الحيوان المباح حفظاً للأنفس البشرية، ويلحق به قطع الأعضاء المتأكِّلة حفظاً للنفس، وإفساد هذه الأشياء جائز للإصلاح.

الثاني: إتلاف الدفع وهو أنواع.

١- القتل والقطع والجرح لدفع ضرر الصيال على الأرواح والأبضاع والأموال، أي الدفاع عن النفس والعرض والمال.

٢- قتل الحيوانات المؤذية كالحية والعقرب والسباع والضباع، وهذا واجب عند الإمكان.

٣- قتل الأعداء دفعاً لمفسدة الإضرار والاعتداء على المسلمين.

٤- قتل البغاة دفعاً لبغيهم وخروجهم عن طاعة الحاكم الواحد للجماعة.

٥- إتلاف لدفع المعصية كقتل الظلمة دفعاً لظلمهم وعصيانهم، أو تخريب ديارهم وقطع أشجارهم وقتل دوابهم إذا لم يمكن دفعهم إلا بذلك.

وكذلك تخريب ديار الأعداء المحاربين وقطع أشجارهم وإتلاف ملابسهم وتمزيقها أثناء الحرب، وهو نوع من الجهاد.

٦- إتلاف ما يعصى الله به كالملاهي والأوثان ونحوهما من وسائل الشرك.

٧- إتلاف الزجر، أي العقوبات الشرعية كرمي الزناة أي رجمهم بالحجارة، والقصاص من الجناة، وقطع أيدي السراق والمحاربين زجراً عن السرقة والمحاربة والجناية وصوناً لهم(١).

---

(١) قواعد الأحكام: ٢/ ٧٤.

والإتلاف بالتسبب: هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر. أو هو: ما أثر في التلف ولم يحصله[(١)] أو هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف آخر على جري العادة (م ٨٨٨ مجلة) كحفر البئر في موضع لم يؤذن فيه، كالطرقات العامة، أو في أرض مملوكة من دون ترخيص من السلطة الإدارية المختصة أو لأجل إيقاع الحيوان فيها، وكإيقاد النار قريباً من الزرع، أو البيدر الذي يجمع فيه الحب، وكرمي ما يزلق الناس في الطرقات، فيعطب بسبب ذلك حيوان أو إنسان، وكالكلمة الباطلة عند ظالم إغراء على مال إنسان مما يوجب الضمان على المتكلم كما ذكرنا سابقاً، وكتمزيق الوثائق والسندات المتضمنة لإثبات الحق والاحتجاج بها، وكوضع السم في الطعام، وكترك حيوان معلق بشيء حتى مات، فيضمنه عند المالكية إذا كان قادراً على تخليصه وحيازته لصاحبه؛ لأن صون مال المسلم واجب، ومن ترك واجباً في الصون ضمن، ومثل ذلك أن يمر إنسان بلقطة يعلم أنه إذا تركها أخذها من يجحدها، فيجب عليه أخذها، فإن تركها مع قدرته على أخذها ضمنها عند المالكية[(٢)]. وبهذا يظهر أن التسبب إيجابي وسلبي، وكل منهما موجب للضمان[(٣)].

والخلاصة أن الضمان بالإتلاف تسبباً أكثر ما يحدث إما فيما يمس حقوق الجوار، وإمّا فيما يمس حقوق الناس عامة في الطرقات.

ففي حقوق الجوار يجب الضمان إذا حدث ضرر بسبب إسالة الماء أو إشعال النار، قال الحنفية: «لو صب شخص الماء في ملكه، وخرج عن صبه ذلك إلى ملك غيره، فأفسد شيئاً، فإذا كان يعلم عند الصب أن الماء يسيل إلى ملك جاره،

---

(١) المرجعان السابقان، وعرف الكاساني الإتلاف تسبباً بأنه «الفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة». وقال القرافي: السبب: ما يقال عادة: حصل الهلاك به. والتسبب: ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة (الفروق: ٤/ ٢٧) وقال ابن عبد السلام في قواعده: ٢/ ١٣٢: التسبب إيجاد علة المباشرة.

(٢) راجع الفروق للقرافي: ٢/ ٢٠٦ وما بعدها، ٤ ص ٢٧، القوانين الفقهية: ص٣٣٢، القواعد لابن رجب: ص٢٠٤ وما بعدها، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣١ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٤٦.

(٣) المسؤولية المدنية والجنائية في الإسلام لأستاذنا محمود شلتوت: ص٢٢.

يكون ضامناً، كما لو صب الماء في ميزابه، وتحت الميزاب متاع غيره، ففسد به، كان ضامناً»[١].

-«لو سقى رجل أرضه، فتعدى إلى أرض جاره، فلو أجرى الماء في أرضه جرياناً لا يستقر في أرضه، والماء يستقر في أرض جاره، ضمن. ولو كان الماء يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى أرض جاره، فلو تقدم[٢] إليه جاره طالباً منه منع الماء بواسطة ممكنة، ولم يفعل ضمن، ولو لم يتقدم، لم يضمن. ولو كانت أرضه صعوداً، وأرض جاره هبوطاً بحيث يعلم أنه لو سقى أرضه نفذ إلى جاره يضمن، ويؤمر بوضع المسنَّاة»[٣].

-«رجل أحرق شوكاً أو تبناً في أرضه، فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره، وأحرقت زرعه: إن كانت النار مبعدةً من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة، فلا ضمان عليه، لأنه حصل بفعل النار، وإنه جُبَار، ولو كانت بقرب من أرضه على وجه يصل إليه شرار النار غالباً، فإنه يضمن، لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة»[٤].

وللانتفاع **فيما يمس حقوق الناس في الطرقات** يشترط شرطان:

أولاً- السلامة يعني عدم الإضرار بالآخرين في الحالات التي يمكن التحرز منها.

ثانياً- الحصول على إذن من ولي الأمر في الجلوس ووضع الأشياء وإحداثها ونحو ذلك، فإن خالف الشخص أحد هذين الشرطين، كان ضامناً أثر فعله الذي تسبب به، كما هو مفهوم من المادتين (٩٢٦، ٩٦٧ من المجلة).

وعلى هذا إذا سقط الحمل الذي يحمله الحمال، فأتلف مال آخر، يكون الحمال ضامناً. إذا وضع إنسان على الطريق العام حجارة أو أدوات عمارة، فعثر به

(١) مجمع الضمانات: ص١٦٢.
(٢) التقدم: هو التنبيه والتوصية أولاً بدفع وإزالة مضرة مظنونة (م ٨٨٩ مجلة).
(٣) جامع الفصولين: ٢/ ١٢٥. والمسنَّاة: حائط يبنى في وجه الماء ويسمى السد.
(٤) المرجع السابق: ص١٢٤.

حيوان وتلف، أو صَبَّ أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن والماء الكثير ونحوهما، فزلق به حيوان وتلف، يضمن. ولو حفر رجل بئراً في سوق العامة أو بنى فيه دكاناً فعطب به شيء: إن فعل ذلك بإذن الحاكم، لا يكون ضامناً، وبغير إذنه، يكون ضامناً[١].

والسبب أنواع ثلاثة[٢]:

١- حسي: كالإكراه فإنه يولد في المستكره داعية العدوان، وكالإمساك للقتل فإنه يساعد على ذلك.

٢- شرعي: كشهادة الزور على القتل أو الإتلاف، فإنها تكون سبباً للقاضي في إصدار الحكم بالإعدام.

٣- ما يولد المباشرة عرفاً: كوضع السم في الطعام، وحفر بئر وتغطيتها في طريق القتيل.

مذاهب الفقهاء في الإكراه: الإكراه: حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه، ولا يختار مباشرته، لو ترك ونفسه. وهو نوعان: ملجئ أو تام إذا سلبت فيه الإرادة والاختيار، وغير ملجئ أو ناقص إذا أعدم الرضا فقط دون الاختيار، وكل منهما إما أن يقع على أمر من الأمور الحسية كأكل المحرمات من الأطعمة، وإما على أمر من الأمور الشرعية أي التصرفات القولية من إقرار وبيع وطلاق ونحوها. والكلام على الإكراه طويل يحتاج إلى بحث مفصل[٣]، نجتزئ بذكر حالتين من الإكراه على التصرفات الحسية أو الوقائع المادية، نموذجاً للبحث ألا وهما الإكراه على إتلاف المال، والإكراه على القتل باعتبار كل واحد منهما سبباً لذلك.

١- **الإكراه على إتلاف المال:** إذا أكره شخص غيرَه على إحراق أثاث منزل لآخر مثلاً، فإن كان الإكراه تاماً، فالضمان على المكرِه عند الحنفية والحنابلة وبعض

---

(١) مجمع الضمانات: ص١٨١، جامع الفصولين: ٢/ ١٢٥، المبسوط: ٢٦/ ١٤، ٢٢.
(٢) التشريع الجنائي الإسلامي: ٢/ ٣٦ نقلاً عن مغني المحتاج: ٤/ ٦.
(٣) انظر كتابنا «الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد»: ٢/ ١٩٤ وما بعدها.

الشافعية، لأن المستكرَه مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكرِه، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً، والمكرِه هو السبب الجوهري في الضرر.

وقال المالكية والظاهرية وبعض الشافعية: الضمان على المستكرَه لأنه باشر الضرر، وإذا اجتمع سببان من أسباب الضمان كالمباشرة والتسبب، غلبت المباشرة على التسبب، كمن حفر بئراً لإنسان ليقع فيه، فجاءه آخر، فألقاه فيه، فهذا مباشر، والأول متسبب، فالضمان على المباشر دون المتسبب، لأن شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض، إلا أن تكون المباشرة مغمورة أي مغلوبة ضعيفة كما في الإكراه على القتل، فإن القصاص يجب عليهما عند المالكية كما سيأتي.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: الضمان على المكرِه والمستكرَه بالتضامن، لأن الإتلاف صدر من المستكرَه حقيقة، ومن المكرِه بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، ولكن يستقر الضمان في النهاية على المكرِه في الأصح، فهو في النتيجة كالفريق الأول.

وإن كان الإكراه ناقصاً: فالضمان على المستكرَه عند الحنفية والمالكية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة، لأن الإكراه ناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلم يكن المستكرَه مجرد آلة للمكرِه، فكان الإتلاف من المستكرَه، فوجب الضمان عليه[1]. وهذا متمش مع ما قلناه سابقاً بتغليب ماله دور بارز في الضرر.

٢- **الإكراه على القتل:** اتفق الفقهاء على تأثيم من أكره على القتل، فقتل، واختلفوا في القصاص منه إذا كان الإكراه **تاماً**.

فقال أبو حنيفة ومحمد، وداوود الظاهري، وأحمد في رواية، والشافعي في أحد قوليه: لا قصاص على المستكرَه، وإنّما يقتص من المكرِه ويعزر المستكرَه فقط، لقوله ﷺ: «عفوت عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولأن

---

(١) البدائع: ٧/ ١٧٩، ، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٠٢، تبيين الحقائق: ٥/ ١٨٦، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٧٩، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٢، الفروق: ٢/ ٢٠٨، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٤٤٤، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، المحلى: ٨/ ٣٨١ مطبعة الإمام بمصر.

المستكرَه مجرد آلة للمكره، إذ القاتل في المعنى هو المكرِه، وإنما الموجود من المستكرَه صورة القتل، فأشبه المستكرَه الآلة، ولا قصاص على الآلة كما بينا في حالة الإتلاف.

وقال زفر وابن حزم الظاهري: يقتص من المستكرَه، لأن القتل وجد منه حقيقة حساً ومشاهدة، وأما المكرِه فهو متسبب، ولا قصاص بالتسبب عندهم.

وقال أبو يوسف: لا يقتص من المستكره ولا من المكره، لأن المكره ليس بقاتل حقيقة، وإنما هو مسبب للقتل، وإنما القاتل هو المستكره، ولما لم يجب القصاص على المستكره، فلأن لا يجب على المكره أولى، وإنما الواجب عليه فقط هو الدية، ولا يرجع على المستكره بشيء.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يقتص من المكره والمستكره، لأن المستكره وجد منه القتل حقيقة، والمكره متسبب في القتل، والمتسبب كالمباشر كما ثبت شرعاً.

ويظهر أن الرأي الأول هو أرجح الآراء وهو مذهب أبي حنيفة ومن معه.

وأما إن كان الإكراه **ناقصاً** فيجب القصاص على المستكره بلا خلاف. لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار، فلا يمنع وجوب القصاص[(١)].

والخلاصة أن اختلاف الفقهاء فيما ذكرناه في الإكراه مرجعه اختلافهم في تقدير السبب الفاعل المؤثر أكثر من غيره في إحداث الضرر، مع أنهم متفقون من حيث المبدأ على قاعدة «إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر»[(٢)].

شروط الإتلاف مباشرة وتسبباً: اتفق علماء الأصول والفقه على أن **الإتلاف مباشرة:** يكون سبباً للضمان، سواء أكان الإتلاف عمداً أم خطأً أم سهواً، وسواء أكان

---

(١) المراجع السابقة، مختصر الطحاوي: ص٤٠٩ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ٤/ ١١٢، مغني المحتاج: ٢/ ٧، ٣/ ٢٨٩، القواعد لابن رجب: ص٢٨٧.

(٢) انظر المبسوط: ١١/ ٥٤، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٦، الفروق: ٢/ ٢٠٨، ٤/ ٢٧، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٤٥، القواعد لابن رجب: ص٢٨٥، المغني: ٥/ ٢٨٠.

المتلف صغيراً أم كبيراً، عالماً بأنه مال غيره، أم جاهلاً، لأن ضمان المتلفات ينظر فيه إلى أنه بدل مال، لا جزاء فعل، حفاظاً على حقوق الناس في أموالهم؛ لأن حرمة المال عظيمة كحرمة النفس.

فلو أتلف إنسان مال غيره سهواً مثلاً أو نائماً أو جاهلاً أنه مال غيره أو ظاناً أنه ماله فهو ضامن له في ماله، وإذا أتلف صغير ولو ابن يوم أو مجنون مالاً لغيره، فهو ضامن، فتدفع قيمته من ماله إن كان له مال، وإلا فيظل الضمان ديناً في ذمته إلى وقت يساره، ولا يكون وليه ضامناً[1].

هذا وقد استثنى الشافعية وغيرهم من ضمان المتلفات حالات تقتضيها الضرورة، أو الدفاع عن النفس، أو تنفيذ أمر الشرع، أو ظرف استثنائي كالحرب وبغي طائفة من المسلمين أو قوة قاهرة[2]. وأمثلة ذلك بالترتيب: كسر الباب ونقب الجدار بالنسبة لمن ظفر بحقه مع مدين مماطل، فله أخذه بكل الوسائل، والوسيلة إلى المباح مباحة[3].

إذا لم يتمكن المدافع عن نفسه أو ماله أو عرضه من دفع الصائل المعتدي إلا بعقر دابته وكسر سلاحه، فله ذلك[4].

وإذا لم يتمكن المسلم من إراقة الخمر إلا بكسر آنيتها، فله ذلك تنفيذاً لأمر الشارع بإراقتها وإتلافها.

ما يتلفه الباغي على العادل وعلى العكس حالة الحرب، أو ما يتلفه الحربيون

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٧٨، درر الحكام: ٢/ ٢٧٣، مجمع الضمانات: ص٤٢٣، رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ١٠١، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، تهذيب الفروق: ٢/ ٢٠٣، الفروق: ٤/ ٣١، القوانين الفقهية لابن جزي: ص٣٣٢ ط فاس، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٣، شرح الرسالة للقيرواني: ٢/ ٢١٨ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/ ٩٩، القواعد لابن رجب: ص٢١٨، مذكرة عن المعاملات الشرعية للمرحوم الأستاذ زيد الأبياني: ص١٨٩.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٧، نهاية المحتاج: ٤/ ١١١.

(٣) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص١١٨ وما بعدها، ١٨٨.

(٤) المرجع السابق: ص١٤٢ وما بعدها.

للمسلمين ونحو ذلك، لا ضمان له، كما أشرنا سابقاً وكما سيأتي تفصيل الكلام فيه.

لو دخل رجل دكان حداد ولو بإذنه وهو يطرق الحديد، فطارت شرارة، فأحرقت ثيابه، كان ذلك هدراً لا ضمان فيه.

ولو سخر دابة، ومعها مالكها، فتلفت، لا يضمنها المسخر، لأن التلف غير الإتلاف.

وأما الإتلاف تسبباً: وهو ما تسبب عنه إتلاف شيء للغير أو نقصان قيمته، فقد أوجزنا سابقاً شروط الضمان؛ فيه وهي بعبارة أخرى ثلاثة[1].

الأول- التعدي - وهو تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع، كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم، أو في غير ملكه عدواناً، فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان، فالحافر ضامن. ومثله أن يؤجج رجل ناراً في يوم ريح عاصف، فيتعدى على إتلاف مال الغير، أو يحل وكاء وعاء فيه شيء مائع فاندفق، أو يفتح قفصاً عن طائر، فطار، أو يحمل حملاً في الطريق فيقع على شيء فيتلفه أو يعثر أحد بالحمل، فيضمن في كل تلك الحالات، لأنه أثر فعله، أو بسبب أثر فعله الذي هو تعدٍّ[2]. إلا أن فتح القفص ونحوه لا يوجب الضمان عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

الثاني- التعمد: وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة، كأن يتلف شِرْب[3] إنسان بأن يسقي أرضه بشرب غيره، أو يسد الماء عن أرض جاره، فتيبس مزروعاته، أو يجذب ثوب إنسان فيسقط منه ما يحمله فيه، فيتلف فيضمن. أما إذا لم يكن هناك تعمد، كما لو جفلت دابة من رجل، فهربت وضاعت، فلا يضمن، لأنه غير متعمد.

---

(١) القواعد لابن رجب: ص٢٠٦، مذكرة عن المعاملات، المرجع السابق: ص١٩٠ وما بعدها، الفروق للقرافي: ٤/ ٢٧، ٢/ ٢٠٨، مجمع الضمانات: ص٣٢٣.

(٢) جامع الفصولين: ٢/ ١١٦، ١٢٢، ١٢٤، وانظر المادة ٩٢٤ من المجلة التي تنص في أولها على أنه «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان...».

(٣) الشِّرْب: النصيب من الماء لإرواء الأراضي. وحق الشفة: هو حق شرب الإنسان والدواب.

الثالث- ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر، فإن اشترك المباشر والمتسبب، ضمن المباشر إن كان السبب لا يؤثر في التلف بانفراده عادة، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً، فجاء غير الحافر، وأردى فيه إنساناً أو حيواناً، فالضمان عليه دون الحافر؛ أما إن تردى فيه بهيمة أو غيرها بنفسها، فالحافر هو الضامن، وإن كان السبب يؤثر بانفراده، فإن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان، كما لو نخس رجل دابة راكب بإذنه فوطئت إنساناً، فالضمان عليهما، لأن السبب هنا يؤثر بانفراده، كما أوضحنا سابقاً.

الفروق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف[1]:

المهم في نظرية الضمان أو المسؤولية في الإسلام هو تعويض المتضرر سواء أكانت المسؤولية تعاقدية أم تقصيرية، مما يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية من أنصار وحدة المسؤولية - نظرية تحمل التبعية - ولكن مع ذلك ذكر الفقهاء فروقاً تبعية أو غير أساسية بين نوعي المسؤوليتين ليست لها الأهمية التي يذكرها القانونيون القائلون بتعدد المسؤولية[2].

فقد أبان السيوطي الفرق بين أسباب الضمان الثلاثة، فقال[3]: الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد: أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله؛ وضمان اليد مرده المثل أو القيمة. ويفارق الإتلاف ضمان اليد في أنه (أي الإتلاف) يتعلق الحكم فيه بالمباشرة دون السبب، وضمان اليد يتعلق بالمباشرة والسبب.

وذكر السرخسي هذا الفرق نفسه بين ضمان العقد وضمان اليد، فقال[4]: «إن ضمان الإتلاف مبني على المماثلة، وبهذا فارق ضمان العقد، فإنه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل، بل وعلى المراضاة، وكيف ينبني على المماثلة،

---

(١) يلاحظ أن اصطلاح (ضمان العقد) الفقهي يدل على تلافي الأضرار الناتجة عن العقد، واصطلاح (ضمان الإتلاف واليد) يشير إلى المسؤولية التقصيرية.

(٢) نطاق المسؤولية المدنية للدكتور الخطيب: ص٣٥، ٣٠٨، ٣٦٩.

(٣) الأشباه والنظائر: ص٢٧٧ وما بعدها.

(٤) المبسوط: ١١/ ٨٠، مطبعة السعادة.

والمقصود بالعقد طلب الربح، ثم ضمان العقد مشروع، وفي المشروع يعتبر الوسع والإمكان، ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي، فاسداً كان العقد أو جائزاً، فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز منه في ضمان العقد. فأما الإتلاف فمحظور غير مشروع، وضمانه مقدر بالمثل بالنص[1]، فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإتلاف».

بهذا يتضح الفرق بين ضمان الإتلاف وضمان اليد، فمصدر الضمان في الإتلاف هو مباشرة الفعل، وأما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب. إلا أن الحنفية قالوا: إذا كان المسبب في الإتلاف متعدياً يجعل كالمباشر[2].

وكذلك يتضح الفرق بين ضمان العقد من جهة وضمان اليد أو الإتلاف من جهة أخرى على النحو الآتي في الأمور التالية:

١- **الأهلية**: يشترط لضمان العقد عند الحنفية أهلية الأداء الناقصة أي التمييز، وعند جمهور الفقهاء: البلوغ مع العقل. وأما ضمان اليد فيكفي للالتزام به أهلية الوجوب الكاملة؛ أي توافر الصفة الإنسانية بعد الولادة، فسواء أكان الصبي مميزاً أم غير مميز، فإنه يلتزم بضمان المتلفات، كما قرر علماء أصول الفقه[3]، وكما ذكرنا سابقاً.

٢- **كيفية التعويض**: يقدر التعويض أو الغرامة في ضمان العقد حسبما جرى الاتفاق أو التراضي عليه، لأن المقصود من العقود هو الاسترباح كما أشار السرخسي. وأما ضمان اليد فيراعى فيه مبدأ المماثلة بقدر الإمكان، لأن المقصود من ضمان المتلفات هو تغطية الضرر الواقع فعلاً.

٣- **المسؤول عن التعويض**: قد يكون هناك تضامن في المسؤولية في ضمان العقد،

---

(١) أي النص القرآني مثل قوله تعالى ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠] ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦].

(٢) راجع المبسوط للسرخسي: ١١/ ٥٤.

(٣) انظر كشف الأسرار على أصول البزدوي: مجلد ٢/ ١٣٨٣، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٢، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٨ ط صبيح.

كما في الكفالة حيث يمكن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل بالدين المكفول به. وكذلك العقد الذي فيه معنى الكفالة كشركة المفاوضة عند الحنفية(١)، حيث يعدّ كل شريك كفيلاً عن الآخر أي متضامناً معه في كل الحقوق والواجبات المتعلقة بما يتاجران فيه. وعدّ المالكية قطاع الطريق أو المحاربين كالكفلاء فيما بينهم فيما يغرمه كل واحد منهم من الأموال المحترمة، سواء أكانت لمسلم أم لذمي أم لمعاهد، فكل من قبض عليه منهم طولب بضمان ما أخذه هو وأصحابه(٢).

أما في ضمان اليد ما عدا الغصب، فإن كلَّ جانٍ مسؤول بانفراده ومستقل عن الجناة الآخرين. لأن المبدأ المقرر في الإسلام هو المسؤولية الفردية لقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٣٨/٧٤] أما الغصب فيمكن مطالبة الغاصب أو غاصب الغاصب بالضمان.

٤- الإجازة: الإجازة تلحق العقد كما في تصرف الفضولي، وكذا تلحق الأفعال عند الإمام محمد خلافاً لأبي حنيفة، فلو رد الغاصب الشيء المغصوب إلى شخص أجنبي، فأجاز المالك المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي أي فعله، برئ الغاصب من الضمان عند محمد، وعند أبي حنيفة لا يبرأ من الضمان.

أما في ضمان الإتلاف: ففي قول مرجوح أن «الإجازة لا تلحق الإتلاف» فلو أتلف إنسان مال غيره تعدياً، فقال المالك: أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ من الضمان(٣). والصحيح أن الإجازة تلحق الإتلاف كبقية الأفعال.

٥- وقت تملك المضمون: إن المضمون ضمان عقد لا يملكه مستحقه إلا بقبض الضامن، أما المضمون ضمان يد، فيملكه مستحقه من تاريخ حدوث سبب استحقاقه(٤)، مثاله: إذا كان المهر المعين بذاته - كسيارة مثلاً - في يد الزوج

(١) شركة المفاوضة: هي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط التساوي في رؤوس الأموال والتصرفات والعقيدة والأرباح. وهذا المعنى انفرد به الحنفية والشيعة الزيدية دون سائر الفقهاء.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٥٠ وما بعدها.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٧ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٣٩.

(٤) انظر وقارن التعليق على الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٥٣.

مضموناً ضمان عقد، فإن المرأة لا تملكه إلا باستلامها إياه، وإذا كان مضموناً ضمان يد، فتملكه المرأة بمجرد انعقاد عقد الزواج، وعندئذ يحق لها التصرف فيه بالبيع مثلاً بعد تملكه[١].

وقد وضع الحنفية قاعدة في ضمان العقد تؤيد ذلك وهي: «الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه» وفي ضمان اليد قالوا في الغصب مثلاً: يملك الغاصب الشيء المغصوب بعد ضمانه من وقت وجود الغصب[٢].

ويتحقق عند القانونيين ضمان العقد أو المسؤولية التعاقدية عند قيام عقد صحيح بين الطرفين، وحدوث ضرر ناتج من عدم تنفيذ الالتزامات المتولدة من هذا العقد، فإن لم يكن العقد صحيحاً أو كان باطلاً، فتعدّ المسؤولية تقصيرية.

ويلاحظ أن ضمان العقد عند الفقهاء المسلمين غير المسؤولية التعاقدية عند فقهاء القانون، فضمان العقد: ضمان مال تالف بناء على عقد اقتضى الضمان. أما المسؤولية العقدية: فهي تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين التزامه الناشئ عن العقد. وهذا المعنى غير مضمون شرعاً، وإنما يجبر المدين على الوفاء بالتزامه، فإن امتنع كان امتناعه معصية يستحق عليها التعزير.

حالات مختلف فيها: هل هي من ضمان العقد أم من ضمان اليد:

اختلف الفقهاء في بعض المسائل: هل هي مضمونة ضمان عقد أو ضمان يد؟ منها ما ذكره الحنفية وهو أن الصبي المميز إذا لم يكن مأذوناً له في التجارة وتعاقد مع غيره على شيء ثم تسلمه منه وأتلفه، فهل يضمنه أم لا؟

قال أبو حنيفة ومحمد ورأيهما هو الراجح عند الحنفية: لا يضمن، لأن الضمان هنا ضمان عقد لا ضمان يد أو فعل، فالمالك هو الذي سلط هذا الصبي المحجور عن التصرفات على ماله، وعرضه للتلف، والصبي غير المأذون أو المحجور ليس أهلاً لالتزام ضمان العقود كما ذكرنا سابقاً.

(١) انظر وقارن أيضاً هذه الفروق: المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للزميل الدكتور فيض الله: ص٩٢-٩٦.

(٢) المبسوط: ١٦/ ١٥، البدائع ٧/ ١٥٢، مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ١٨٣.

وقال أبو يوسف: يضمن هذا الصغير، لأنه ضامن كل ما يتلفه على غيره من الأفعال الجنائية، وهنا إذا لم يعتبر فعل الصغير المحجور بناء على العقد فقد بقي فعل الإتلاف، فالقضية هنا قضية ضمان يد لا ضمان عقد[١].

ومن هذه الحالات ما ذكره **الشافعية** وهو: هل الصداق (المهر) المعين بذاته في يد الزوج قبل قبض المرأة له مضمون ضمان عقد أو ضمان يد؟

في ذلك قولان، والترجيح مختلف فيما يترتب على الاختلاف من مسائل فقهية منها: الأصح أنه لا يصح للمرأة بيع هذا المهر قبل قبضه، بناء على أنه مضمون ضمان عقد. وفي قول ثان: يصح البيع بناء على أنه مضمون ضمان يد. ومنها: أنه إذا تلف هذا المهر أو أتلفه الزوج قبل قبضه، فينفسخ المهر المسمى، ويطالب بمهر المثل بناء على ضمان العقد. وفي قول آخر: لا ينفسخ الشيء المسمى، ويلزم الزوج مثله أو قيمته بناء على ضمان اليد[٢]. وهذا هو رأي الحنفية[٣]. والراجح من القولين عند الشافعية أن المهر في هذه الحالة وغيرها (أي إذا عين أو لم يعين) مضمون ضمان عقد لا ضمان يد، فلا يصح للمرأة بيعه قبل قبضه، ولو تلف في يده وجب مهر المثل[٤].

وذكر **الحنابلة** أن الغاصب لو باع الشيء المغصوب، وخلى بينه وبين المشتري، فتلف قبل أن ينقله إليه، فهل يضمنه المشتري ضمان عقد أم ضمان يد؟ قال بعضهم: لا يضمنه ضمان يد أي غصب، ولكن يضمنه ضمان عقد بمجرد التخلية، وقال بعضهم: للمالك أن يضمنه إياه ضمان يد.

ثم ذكر ابن رجب الحنبلي اختلافاً في بعض المسائل يتردد فيها الحكم بين **ضمان اليد وضمان الإتلاف**[٥]: وهو ما إذا حفر رجل بئراً عدواناً أو نصب شبكة أو منجلاً

---

(١) الدر المختار: ٥/ ١٠١ ط البابي الحلبي، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٧٨، مجمع الضمانات للبغدادي: ص٤٢٣، المدخل للأستاذ الزرقاء: ف ٤٣٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٥٣.

(٣) مجمع الضمانات: ص٣٤٧.

(٤) انظر مغني المحتاج: ٣/ ٢٢١.

(٥) راجع القواعد له: ص٢٠٥، ٢٠٧.

للصيد، ثم مات هذا الرجل، ثم وقع في البئر حيوان مضمون، أو عثر بآلات الصيد حيوان مضمون، فإن اعتبرنا ذلك من باب الإتلاف، فيجب الضمان من التركة، وبه قال بعض الحنابلة.

وإن اعتبرنا ذلك من ضمان اليد، فهل يفترض أن يد الميت قائمة بعد الموت، وبالتالي يجب الضمان من التركة، أو تعتبر اليد يد من انتقل الملك إليه؟ في هذا رأيان عند الحنابلة.

مقارنة:

يقابل في بعض الأحكام ضمان العقد وضمان اليد أو الإتلاف في فقهنا ما عليه أكثر فقهاء القانون المدني القائلين بازدواج المسؤولية، أي تقسيم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية تعاقدية ومسؤولية تقصيرية، فالأولى تنشأ من الإخلال بالتزام عقدي، فتعدّ أثراً للالتزام، والمسؤولية الناجمة عن مسؤولية بين شخصين يعرف أحدهما الآخر، وذلك بسبب الإخلال برابطة سابقة موجودة بين الدائن والمدين، وأما الثانية فتنشأ من الإخلال بواجب قانوني مقتضاه عدم الإضرار بالغير، فهي تعدّ مصدراً للالتزام، والمسؤولية الحاصلة ترجع إلى مجرد المصادفة، أي إن المسؤولية التقصيرية تترتب على وقوع عمل ضار يصبح بها شخص مسؤولاً قبل آخر، دون أن يكون بين الاثنين صلة سابقة.

وتختلف هاتان المسؤوليتان أيضاً باعتبار آخر من حيث شروط مباشرة كل منهما، ومن حيث الإثبات. ففي نطاق الشروط: تشترط في المسؤولية التعاقدية أهلية الرشد في أكثر العقود، ولا بد من إعذار الدائن للمدين[1] حتى يستحق التعويض. أما في المسؤولية التقصيرية فتكفي أهلية التمييز ولا يتصور تعليق استحقاق التعويض على سبق حصول الإعذار.

---

(١) تنص المادة ٢١٨ مدني مصري، ٢١٩ مدني سوري على ما يأتي: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، ما لم ينص على غير ذلك» وتنص المادة التالية على أنه «يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار...» وفائدة الإعذار قانوناً تظهر في ناحيتين:

١- سريان التعويضات المدنية.

٢- لنقل تبعة الهلاك.

ومن حيث الإثبات: يعفى الدائن في المسؤولية التعاقدية من إثبات خطأ المدين أي إن الخطأ مفترض، أما في المسؤولية التقصيرية فيجب على الدائن (المضرور) أن يثبت خطأ المدين[1].

وهذه الأحكام في جملتها لا تخرج عما قرره فقهاء المسلمين، إلا أهلية التمييز، فلا تشترط في المسؤولية التقصيرية في فقهنا، وكذلك أهلية الرشد لا تشترط في المسؤولية التعاقدية عند الحنفية، خلافاً لجمهور الفقهاء، ويختلف تحديد سن الرشد في الفقه الإسلامي عنه في القانون، فهو قانوناً ١٨ أو ٢١ سنة، وفي فقهنا ١٥ سنة.

وكذلك لا فرق في فقهنا بين نوعي المسؤولية بالنسبة إلى الإثبات، إذ يكفي أن يقوم الدائن بإثبات وقوع الضرر وليس عليه إثبات خطأ المدين لكن للمدين التخلص من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو إذا وجهت إليه اليمين، فحلف على أنه لا علاقة له بالضرر[2].

وأما إعذار المدين فهو مجرد إجراء إداري تنظيمي أو شكلي لا يمانع منه الفقه الإسلامي بمقتضى مبدأ السياسة الشرعية الذي يخول الحاكم اتخاذ الإجراءات الإصلاحية الملائمة لإحقاق الحق وتحقيق مصلحة القوانين ومراعاة تطور الحياة الحاضرة. إلا أنه مع ذلك لا نجد فائدة لإعذار المدين في نطاق الشريعة الإسلامية؛ لأن عدم تنفيذ الالتزام يعد إخلالاً بالتزام ديني خلقي، ولأن الربا محرم شرعاً فلا يترتب هناك فوائد على التأخير، ولأن المدين لا يلتزم إلا بتسليم الشيء عيناً، فلا توجد فائدة من إعذاره[3].

قاعدة الإثراء بلا سبب:

ينبغي أن يلاحظ أن الفقه الإسلامي يعترف بقاعدة الإثراء بلا سبب أحد مصادر

---

(١) انظر الوسيط للدكتور السنهوري: ص٧٤٨ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام لأستاذنا الدكتور حجازي: ص٤٣٧ وما بعدها.

(٢) نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية للدكتور حسن الخطيب: ص٢٢٦وما بعدها.

(٣) أما في القانون المدني فلإعذار المدين أهمية، لأن الإعذار ينتج أثراً قانونياً يتعلق بمبدأ سريان التعويضات التأخيرية، ويحدد المسؤولية المدنية، ويبرر مشروعية وجوده في التطبيق العملي (المرجع السابق: ص٢٣٨).

الضمان، خلافاً لإنكار الدكتور السنهوري[١]، بدليل قول الفقهاء: من استولى على مال الغير من دون حق يلزم برده ما دامت العين باقية، ويرد مثله أو قيمته إن تلفت، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ٢/١٨٨] وبقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس» وينطبق هذا على موارد عديدة منها:

١- الاستيلاء على مال الغير بغياً وعدواناً.

٢- الاستيلاء عليه خطأ، كمن لبس ثوب غيره، وهو يظن أنه ثوبه، أو جهلاً، كمن تصرف في عقار تلقاه من مورثه، ثم تبين أن المورث كان غاضباً.

٣- من قبض مالاً من آخر، كي يترك محرماً كالقتل والسرقة، أو يفعل واجباً كالصوم والصلاة، أو يرتكب جريمة.

ففي جميع هذه الحالات يرد المال إلى صاحبه، حيث لا أجرة له على ترك المحرمات، ولا على فعل الواجبات، وبالأولى على ارتكاب جريمة.

٤- إيفاء ما لا يجب كمن دفع مالاً للغير، وهو يعتقد أنه صاحب حق، ثم تبين أن لا حق له.

٥- من دفع مالاً لغيره على عمل لا تقصده العقلاء، بل يعد في نظرهم عبثاً ولغواً، كما لو قال شخص لآخر: اغترف من ماء البحر عشرين صفيحة (تنكة) وردها إليه، ولك كذا.

٦- من بذل طعاماً للمضطر، فإنه يرجع عليه بما بذل؛ لأن «الاضطرار لا يبطل حق الغير».

٧- لو توقف حفظ الوديعة على بذل مال لا يساوي قيمتها، ودفعه من هي في يده لأجل حفظها، كان للباذل الحق في الرجوع على صاحب الوديعة بما بذل.

فهذه الأمثلة ونحوها ينطبق عليها الإثراء بلا سبب الذي قال به القانون الفرنسي والقوانين المأخوذة عنه كالقانون المصري والسوري واللبناني والليبي والكويتي والعراقي. كذلك ينطبق عليها «الاستيلاء على مال الغير من دون حق».

(١) الإسلام مع الحياة: ص٢٤٣ وما بعدها.

المبحث الخامس : الواجب في الضمان: التعويض

الواجب في الضمان هو التعويض، وهذا يقتضينا معرفة الفكرة حول مبدأ التعويض، وكيفيته أو قاعدته، ووقت تقديره، وتقادم الحق فيه، ثم نذكر حالات خاصة من الضمان، والنزول عن الحق في التعويض.

المطلب الأول : مبدأ التعويض

القصد من التعويض: هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ، والمبدأ المقرر في المسؤولية المدنية هو عدم مقابلة الإتلاف بمثله، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، والمقصود من منع الضرار نفي فكرة الثأر التي كانت سائدة في الجاهلية، إذ لا فائدة منها، بل في ذلك خطر وحمق ومفسدة محضة، وهو اتساع دائرة الأضرار الواقعة نتيجة انتشار فكرة المقابلة بالمثل، والضرر لا يزال بالضرر. أما التعويض أو التضمين ففيه نفع بجبر الضرر وترميم آثاره. وعلى هذا فليس للمتضرر أن يتلف مال غيره، كما أتلف ماله، وإنما له القيمة أو المثل. نصت المادة (٩٢١) من المجلة على ما يأتي: «ليس للمظلوم صلاحية أن يظلم آخر، بما أنه ظلم، مثلاً: لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلف ماله، يكونان ضامنين، وكذا لو أتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طيّئ، بما أن بكراً الذي هو من تلك القبيلة، أتلف ماله، يضمن كل منهما المال الذي أتلفه، وكذا ليس لمن أخذ دراهم زيوفاً[١] من أحد صلاحية صرفها لآخر» لهذا قال ابن القيم بصدد تقرير مبدأ التضمين وعدم مقابلة الإتلاف بمثله: «إن مقابلة الإتلاف بمثله في كل الأحوال شرع الظالمين المعتدين الذي تنزهت عنه شريعة أحكم الحاكمين»[٢].

ومن أهم الحوادث التاريخية دلالة على ذلك قصة الحكم الذي أصدره نبي الله داوود، وسليمان فيما حكاه القرآن الكريم: ﴿وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَـٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ

(١) الزيوف: ما زيفه بيت المال أي يرده، ولكن تأخذه التجار في التجارات.
(٢) أعلام الموقعين: ٢/ ١٠٤.

﴿نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ ٱلْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَٰهِدِينَ ۝٧٨ فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ ۚ وَكُلًّا ءَاتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ [الأنبياء: ٢١/ ٧٨-٧٩][١] وملخص تفسير الآية: هو أن رجلين دخلا على داوود وعنده ابنه سليمان، أحدهما صاحب الحرث، والآخر صاحب الغنم، فقال صاحب الحرث: إن هذا انفلتت غنمه ليلاً فوقعت في حرثي، فلم تبق منه شيئاً، فقضى داوود بأن يأخذ صاحب الحرث الغنم، فإنها تساوي قيمة الحرث الذي أفسدته.

فلما سمع سليمان هذا الحكم رأى ما هو خير منه، وأرفق بالجميع، فقال: ينبغي أن تدفع الغنم إلى صاحب الحرث، فينتفع بألبانها وسمنها وأصوافها، ويدفع الحرث إلى صاحب الغنم ليقوم عليه زراعة وسقياً وتعهداً، حتى إذا عاد الزرع إلى حاله التي أصابته الغنم في السنة المقبلة، رد كل واحد منهما ماله إلى صاحبه. فقال داوود: يا بنيَّ لا يقطع الله فهمك؛ وقضى بما قضى به سليمان وأقره. وهذا معنى قوله سبحانه: ﴿فَفَهَّمْنَٰهَا سُلَيْمَٰنَ﴾ أي فهمنا سليمان القضية وحكمها[٢].

ففي هذه القضية حكم داوود عليه السلام بقيمة المتلف، وبما أنه وجد الغنم بقدر القيمة، فدفعها إلى صاحب الحرث، إما لأنه لم يكن لصاحب الغنم مال، وإمّا أنّه تعذر بيعها ورضي بتسليمها، ورضي صاحب الحقل بأخذها بدلاً عن القيمة.

وأما سليمان فقضى على صاحب الغنم بدفع المثل، بأن يعمر البستان حتى يعود كما كان، وما حكم به سليمان هو الأقرب إلى العدل. وقد حكم رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط (البساتين) حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل مضمون على أصحابها. ففي النهار يكون التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم المسؤولية، وفي الليل يكون التفريط من أهل المواشي بتركهم حفظها المعتاد في وقته.

---

(١) والحرث: يطلق على الزرع أو الثمر عامة وأصل معناه اللغوي: إلقاء البذور في الأرض، وقيل: كان الحرث كرم عنب، نفشت: النفش: رعي الغنم ليلاً، وفيه معنى التفريق في الزرع بلا نظام.

(٢) التفسير الواضح للأستاذ محمد محمود حجازي: ج٢٧/ ٢٧.

وللعلماء في هذه القضية أربعة أقوال:

١- موافقة حكم سليمان في ضمان النفش والمثل، وهو رأي عند المالكية والشافعية والحنابلة، قال ابن القيم: وهو الحق.

٢- موافقة حكم سليمان في ضمان النفش دون التضمين بالمثل، وهذا هو الرأي المشهور عند المالكية والشافعية والحنابلة. أي إنهم يقولون: إن ما أفسدت البهائم ليلاً فهو مضمون على أصحابها، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته في النهار. والشافعية يستأنسون بالآية ويستدلون بحديث مرسل رواه مالك عن الزهري عن حرام بن محيصة «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل، فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها[١]».

٣- موافقة حكم سليمان في التضمين بالمثل دون النفش، وذلك إذا رعاها صاحبها باختياره، دون ما إذا انفلتت ولم يشعر بها، وهذا رأي الظاهرية.

٤- إن النفش لا يوجب الضمان بحال، وما وجب من ضمان الراعي بغير النفش، فإنه يضمن بالقيمة لا بالمثل، وهذا مذهب أبي حنيفة[٢]. وحجته في عدم الضمان مطلقاً حديث «جرح العجماء جبار» قال محمد: هي المنفلتة.

وأما المبدأ المقرر في المسؤولية الجنائية على النفوس البشرية فهو مقابلة الجناية بمثلها، أي المماثلة بين الجناية والعقاب، لأن الجنايات لا تقمع إلا بعقوبة مماثلة لها من جنسها، منعاً لحزازة النفس، وأطفأ لنار الفتنة، وأشفى لغليل أولياء المجني عليه، وكظماً لغيظهم، فمن قتَل قُتل، ومن جَرح جُرح، ومن قَطع قُطع[٣]. هذا هو مبدأ التعويض في المسؤوليتين المدنية والجنائية الذي يقرر مبدأ حضارياً إنسانياً، وهو بناء صرح المدنية والحفاظ على الأموال وقمع جريمة الجناة، وتوفير الطمأنينة والسلام، وخلاصة هذا المبدأ هو شرعية القصاص في الدماء دون الأموال.

---

(١) الموطأ: ٢/ ٢٢٠، ط البابي الحلبي.
(٢) أعلام الموقعين: ١/ ٣٢٦ وما بعدها، مطبعة السعادة.
(٣) انظر المرجع السابق: ص٣٢٧، ٢/ ٩٥ وما بعدها، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٥٨٦، النظرية العامة للموجبات والعقود للدكتور المحمصاني: ١/ ٢١٤.

المطلب الثاني : كيفية التعويض أو شكل التعويض

اتفق العلماء على تحريم الغصب والإتلاف ونحوهما من الاعتداء على أموال الآخرين، لقول الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩/٤] وقول رسول الله ﷺ في خطبته يوم عيد الأضحى: «إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم...» «من أخذ شبراً من الأرض، طوقه الله من سبع أرضين»[١] أي إن الظالم يكلف نقل ما ظلم منها يوم القيامة إلى المحشر، ويكون كالطوق في عنقه، لا أنه طوق حقيقة.

وقال ﷺ أيضاً: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه»[٢] لهذا فإن الأصل العام المقرر في الضمانات للتخلص من العهدة والمسؤولية: هو رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، فإن ردها كاملة الأوصاف برئ من المسؤولية وإن ردها ناقصة الأوصاف، جبر الضامن أوصافها بالقيمة، لأن الأوصاف ليست من ذوات الأمثال، ولكن لا يضمن نقصها بسبب انخفاض الأسعار في الأسواق، إلا عند الفقيه أبي ثور، فإنه يوجب ضمان قيمة النقص بسبب ذلك[٣]، وكذلك عند الشافعية كما سيأتي في بحث الأوصاف.

وقال فقهاء الحنفية وغيرهم: يتعين رد الشيء بعينه وذاته في الغصوب والأمانات والوكالات[٤].

فمن غصب شيئاً لزمه رده بعينه ما دام موجوداً باتفاق العلماء، لقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد عن عائشة رضي الله عنها، وللحديث عندهم رواية أخرى عن سعيد بن زيد، ورواه أحمد والبخاري عن ابن عمر، ورواه أحمد أيضاً عن أبي هريرة (راجع نيل الأوطار: ٥/ ٣١٧).

(٢) رواه الدارقطني عن أنس، وفيه مجهول، ورواه البيهقي وابن حبان والحاكم في صحيحيهما عن أبي حميد الساعدي بلفظ «لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه» (نيل الأوطار: ٥/ ٣١٦).

(٣) قواعد الأحكام: ١/ ١٥١ وما بعدها، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، المغني: ٥/ ٢٥٧.

(٤) تحفة الفقهاء: ٢/ ٥٢، الطبعة الأولى.

فإذا هلك المغصوب عند الغاصب، سواء بتعد أو تقصير منه، أم لا، أو استهلكه، أو أتلف شخص مالاً لغيره، كان ضامناً له.

وقاعدة الضمان أو كيفيته بالنسبة للأموال بسبب الغصب أو الإتلاف ونحوهما: هو أنه يجب ضمان المثل باتفاق العلماء إذا كان المال مثلياً[1] لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٢/ ٤٠] قال الزيلعي: وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والإجماع، وسمي الضمان المقابل اعتداء بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازاً لا حقيقة؛ لأن المجازاة أو الضمان لا يكون سيئة. وقد ثبت في السنة النبوية فيما ذكرنا سابقاً أن الرسول ﷺ قال للسيدة عائشة التي كسرت قصعة ضرتها: «طعام بطعام وإناء بإناء».

ولأن المقصود من التضمين جبران الضرر، وذلك أعدل وأتم في مثل الشيء المتلَف، لأن المثل معادل صورة ومعنى، أي مراعى فيه جنس التالف وماليته،

(١) من المعروف أن المال ينقسم إلى مثلي وقيمي: والمثلي: هو ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به. أو هو ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به. والأموال المثلية أربعة: هي المكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة، وبعض أنواع الذَّرْعيات. فالمكيلات: هي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير، وكبعض السوائل التي تباع بالليتر كالبترول والبنزين. والموزونات: هي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر. والذرعيات: هي التي تباع بالذراع كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية وكالأراضي. والعدديات المتقاربة: هي التي لا تتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وصحون الخزف والبلور ونحوها.
والقيمي: ما ليس له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة. أو ما تفاوتت أفراده، فلا يقوم بعضها مقام بعض بلا فرق كالدور والأراضي والأشجار والحيوان والمفروشات ونحوها (راجع رد المحتار: ٥/ ١٣٠، ٤/ ١٧٣، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٢٣، مغني المحتاج: ٣/ ٢٨١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٧، حاشية الباجوري: ٢/ ١٤، جامع الفصولين: ٢/ ١٣٦، المدخل لنظرية الالتزام: ص١٣٠ وما بعدها، وعقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص٥٠، وانظر المجلة ١٤٥، ١٤٦، والقانون المدني السوري م٨٨، والمصري م٨٥).

فكان الإلزام بالمثل (أي مثلما استهلك صفة ووزناً) أقرب إلى الأصل من القيمة، والواجب في الضمان الاقتراب من الأصل بقدر الإمكان تعويضاً للضرر. ولكن: إذا تعذر وجود المثل ينتقل إلى القيمة للضرورة، وعملاً بالقاعدة الشرعية: «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل» (م٥٣ مجلة) إذ هو عندئذ كما لا مثل له.

والتعذر إما حقيقي حسي كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه، وإن وجد في البيوت، وإمّا حكمي كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل، أو كان العجز عن المثل شرعاً بالنسبة للضامن كالخمر بالنسبة للمسلم يجب عليه للذمي عند الحنفية ضمان القيمة، وإن كانت الخمر من المثليات، لأنه يحرم عليه تملكها بالشراء، كما هو معروف.

وأما إذا كان المال **قيمياً** كالعروض التجارية والحيوان ونحوها مما لا مثل له، فيجب ضمان القيمة باتفاق العلماء[1]؛ لأنه تعذر الوفاء بالمثل تماماً صورة ومعنى، فيجب المثل معنى: وهو القيمة، لأنها تقوم مقامه، ويحصل بها مثله، واسمها ينبئ عنه[2].

وتجب القيمة في ثلاث حالات[3]:

١- إذا كان الشيء غير مثلي كالحيوانات والدور والمصوغات، فلكل واحد منها قيمة تختلف عن الأخرى باختلاف الصفات المميزة لكل واحد.

---

(١) إلا أن الإمامَ مالكاً يقول: لا يقضي في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك. وجمهور الفقهاء يقولون كما ذكرنا: الواجب في ذلك المثل، ولا تلزم القيمة إلا عند عدم المثل (انظر بداية المجتهد: ٢/ ٣١٢، القوانين الفقهية: ص٣٣٠، نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٣).

(٢) راجع المبسوط: ١١/ ٥٠، متن القدوري: ٢/ ١٨٨، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٢٣، ٢٣٤، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٦٣، جامع الفصولين: ٢/ ١٣٠، درر الحكام: ٢/ ٢٦٢، الدر المختار: ٥/ ١٢٩، البدائع: ٧/ ١٥٠، ١٦٨، الفروق: ٢٠٦/٢، بداية المجتهد، المكان السابق، القوانين الفقهية: ص٢٦٠، ٣٣٠، مغني المحتاج: ٢/ ٢٨١، ٢٨٤، قواعد الأحكام ٢/ ١٢٠، ١٦٦، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٤٢ بهامش المجموع، المغني: ٥/ ٢٢١، ٢٥٨، الإفصاح لابن هبيرة: ص٢١٧، الميزان: ٢/ ٨٨، أعلام الموقعين: ٢/ ٢٥، كشاف القناع: ٤/ ٨٩.

(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٢٩.

٢- إذا كان الشيء خليطاً مما هو مثلي بغير جنسه كالبر مع الشعير.

٣- إذا كان الشيء مثلياً تعذر وجود مثله إما حقيقة أو حكماً كما سبق ذكره.

والخلاصة أن الأصل العام في الضمان أو التعويض: هو إزالة الضرر عيناً، كإصلاح الحائط، ورد الخمر المغصوبة ما دامت العين باقية بالنسبة للمسلم، إذ له عند الحنفية إمساكها لتصير خلاً؛ أو جبر المتلف وإعادته صحيحاً كما كان عند الإمكان كإعادة المكسور صحيحاً، فإن تعذر ذلك وجب التعويض المثلي أو النقدي، مثال الأول وهو التعويض المثلي والعيني: تسليم البائع للمشتري كمية مساوية للحنطة المبيعة التي تلفت ومن نفس نوعها، ومثال الثاني وهو التعويض النقدي: دفع المدين مبلغاً من المال في حالة استحالة التنفيذ العيني. أي إن التعويض في الشريعة نوعان: تعويض عيني وتعويض نقدي[١].

وهذا موافق لما جرى عليه **القانون المدني** من أن التعويض نوعان: تعويض عيني، وتعويض بمقابل، فالأول: يلجأ إليه متى كان ذلك ممكناً وهو نادر في المسؤولية التقصيرية كإصلاح السيارة المتلفة، لكنه يقع كثيراً في الالتزامات العقدية، والثاني: قد يكون تعويضاً غير نقدي كما في دعاوى السب والقذف بنشر الحكم الصادر في الصحف مثلاً، وقد يكون تعويضاً نقدياً وهو الغالب في دعاوى المسؤولية التقصيرية[٢].

---

(١) نصت المجلة (القانون المدني العثماني) على نوعي التعويض، فالمادة (١٤٥) نصت على التعويض العيني بقولها: «المثلي: ما يوجد مثله في السوق من دون تفاوت يعتد به» وحددت المادة (١١١٩) أنواع المثليات التي ذكرناها قريباً. ونصت المادة (١٤٦) على التعويض النقدي بقولها: «القيمي: ما لا يوجد له مثل في السوق، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة» وذكرت المادة (١١١٩) بعض الأموال القيمية.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص٩٦٦ وما بعدها، نظرية الالتزام لحجازي: ص٥٠٤ وما بعدها، وانظر المواد ٢٠٣، ٢١٥، ٢/١٧١ من القانون المدني المصري، ٢٠٤، ٢١٦، ٢/١٧٢ من القانون المدني السوري.

المطلب الثالث : تقدير التعويض ووقت تقديره

يقدر القاضي التعويض بالاستعانة بالخبراء، ويلاحظ ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً، أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقعة. أما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة غير المؤكدة (أي المستقبلة) أو الأضرار الأدبية أو المعنوية فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهي؛ لأن محل التعويض هو المال الموجود المحقق فعلاً، والمتقوم شرعاً، والأضرار المستقبلية غير محققة حالاً، وكذا الضرر الأدبي غير متقوم شرعاً، لكن يمكن أن نجد مستنداً لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص عليه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لإحقاق الحق وإقرار العدل ودفع الحرج والمشقة، وأخذاً بمشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية، يفعل القاضي في ذلك ما يراه حسب الحاجة.

والمبدأ العام في تعويض الأضرار الناشئة عن ضمان اليد أو المسؤولية التقصيرية: هو المماثلة بين التعويض والضرر أي إنه يجب تعويض جميع الضرر؛ لأن ضمان الإتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل في النص القرآني. أما في ضمان العقد أو المسؤولية العقدية فلا يشترط التقيد بالمثل، وإنما ينفذ الشرط المتفق عليه قدر الإمكان عملاً بقاعدة «يلزم مراعاة الشرط قدر الإمكان».

والتماثل في الأموال المثلية يكون بجعل قدر التعويض مماثلاً للمال الذي أصابه الضرر جنساً ونوعاً وصفة وكمية. وفي الأموال القيمية يكون التعويض بقدر قيمة المال النقدية المقدرة بواسطة أهل الخبرة.

ويلاحظ أن الضمان يجب في مال الجاني نفسه، وهو الأصل العام في المسؤولية لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾. هذا في المسؤولية المدنية.

وأما في المسؤولية الجنائية فإن الشريعة راعت عرف العرب في ذلك فأوجبت الدية على عاقلة القاتل، تضامناً معه، ولأن الأسرة كانت تربطها رابطة التناصر، والآن تجب الدية على القاتل نفسه؛ إذ لا تناصر بين أفراد الأسرة[1].

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية في الإسلام لأستاذنا المرحوم محمود شلتوت: ص٣٨.

وأما **وقت تقدير التعويض**: فيختلف الحكم فيه بين الغصب والإتلاف عند أبي حنيفة الذي قال: إن قيمة الشيء تجب في الغصب عند الخصومة، أي وقت القضاء، وفي التلف عند الإتلاف. ومعرفة وقت وجوب القيمة له أهمية خاصة؛ لأن قيم الأشياء تختلف من يوم لآخر ارتفاعاً وانخفاضاً، فمتى يكون الضمان عادلاً وحاسماً لكل نزاع بين المالك والضامن؟

إن تفصيل كلام الفقهاء في تقدير قيمة التعويض هو ما يأتي:

قال الحنفية: إذا انقطع المال **المثلي** بأن كان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت، فيجب ضمان قيمته، لكنهم اختلفوا في وقت تحديد قيمة الشيء المغصوب:

فقال أبو حنيفة: تجب القيمة وقت الخصومة أي وقت القضاء والمحاكمة لأنه الوقت الذي يلجأ فيه إلى طلب القيمة.

وقال أبو يوسف: تجب القيمة يوم الغصب، لأنه لما انقطع المثل فقد التحق المغصوب بما لا مثل له في وقت اعتبار القيمة، وخلف الشيء إنما يجب بالسبب الذي يجب به الأصل، وهو الغصب، فتعتبر قيمته يوم الغصب.

وقال محمد: تجب القيمة يوم انقطاع الشيء من الأسواق، لأنه الوقت الذي حدث فيه العجز عن أداء المثل.

والمختار عند الحنفية، الذي هو أعدل الأقوال، والمأخوذ به في مجلة الأحكام (م ٩٢١): هو قول أبي يوسف؛ لأن الضمان يجب بالغصب، ووقت ثبوت الحكم هو وقت وجود سببه، فتعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب، حتى إنه لا يتغير بتغير الأسعار، لأن سبب الضمان لم يتغير.

وأما المال **القيمي** فتجب قيمته بالهلاك أو التلف يوم الغصب باتفاق الحنفية، وكذا إذا استهلك عند أبي حنيفة. وعند الصاحبين: تجب القيمة يوم الاستهلاك، قال في جامع الفصولين: رجل غصب شاة فسمنت، ثم ذبحها، ضمن قيمتها يوم غصبها، لا يوم ذبحها عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين: يوم ذبحها.

وأما **الإتلاف** دون غصب: فتجب فيه القيمة يوم التلف اتفاقاً[١].

وعلى هذا فلا فرق بين الغصب والإتلاف في وقت تقدير التعويض: وهو وقت حدوث سبب الضمان، وفي مكان حدوثه. وعلى هذا تجب قيمة الشيء المستعار وقت التلف. وفي الرهن تجب القيمة وقت القبض إن كان المرتهن هو الذي أتلف المرهون. وإن كان المتلف هو الأجنبي أو الراهن فتجب قيمته يوم التعدي.

وكذلك قال **المالكية**: يجب ضمان المغصوب يوم الغصب، والمتلف يوم الاستهلاك أو الإتلاف[٢].

وقال **الشافعية**: إذا كان الإتلاف بلا غصب كالمستعار، فتجب القيمة يوم التلف إن كان الشيء مثلياً، لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك. وتعتبر القيمة في موضع الإتلاف، إلا إذا كان المكان لا يصلح لذلك كالمفازة فتعتبر القيمة في أقرب البلاد.

وأما في الغصب ومثله المقبوض على سوم الشراء أو بالشراء الفاسد: فإن كان المال **مثلياً** فالأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة له من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل. وإذا كان المثل مفقوداً عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار أم بتغير المغصوب في نفسه.

وأما المال **القيمي**: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف[٣].

وقال **الحنابلة**: تجب قيمة المتلف في بلد التلف ويوم التلف، وفيما يجب عليه حفظه إلى مدة معلومة، لزمه ضمانه بالإتلاف وقت انتهاء حفظه لا يوم تلفه. وإن

---

(١) المبسوط: ١١/ ٥٠، متن القدوري: ٢/ ١٨٨، البدائع: ٧/ ١٥١، ١٦٨، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٦٥، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٢٣، جامع الفصولين: ٢/ ١٣٠، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٢٨ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٢١٩.

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٣، بداية المجتهد: ٢/ ٣١٢، القوانين الفقهية: ص٣٣٠، ٣٣٢، الفروق ٤/ ٢٨.

(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٤، المهذب: ١/ ٣٦٨، نهاية المحتاج: ٤/ ١١٩-١٢١، حاشية الشرقاوي: ٢/ ٩٢ ط البابي الحلبي، بجيرمي الخطيب: ٣/ ١٣٦ ط البابي الحلبي.

تلف المغصوب المثلي، وفقد مثله، تجب قيمته يوم انقطاع المثل، لأن القيمة وجبت في الذمة حينئذ.

وفي الغصب: يجب الضمان بتقدير أكثر قيمة للتالف من حين الغصب إلى وقت وجوب رد القيمة إذا حدث التغير في المغصوب نفسه من كبر وصغر، وسمن وهزال، وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص، لأن هذه المعاني مغصوبة في الحال التي زادت فيها، والزيادة لمالكها مضمونة على الغاصب.

فإن كانت زيادة القيمة لتغير في الأسعار لم يضمن الغاصب الزيادة، لأن نقصان القيمة لهذا السبب لا يضمن إذا ردت العين المغصوبة بذاتها، فلا يضمن عند تلفها[١].

مقارنة:

يحدد التعويض في القانون المدني[٢] وفقاً لقاعدتين هما: أن يكون التعويض مساوياً للضرر، وألا يزيد مقدار التعويض على الضرر. ومقياس التعويض هو الضرر المباشر، وذلك يشتمل على عنصرين جوهريين: هما الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاته، فلا تراعى جسامة الخطأ ولا المركز المالي للمسؤول، ولا إذا ما كان المسؤول مؤمِّناً على مسؤوليته، ولكن يراعى في تقدير التعويض الظروف الملابسة التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس

---

(١) المغني: ٥/ ٢٥٧، القواعد لابن رجب: ص٣١٢، كشاف القناع: ٤/ ٩٠، غاية المنتهى: ٢/ ٢٤٦.

(٢) انظر المادة ١٧٠ مدني مصري، والمادة ١٧١ مدني سوري: ونصها: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و٢٢٢ مصري (٢٢٢، ٢٢٣ سوري) مراعياً في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير» أما المادتان المشار إليهما فتتضمنان ما يأتي: «يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به...» «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...».

المسؤول، فيقدر التعويض حسب جسامة الضرر الذي لحق المضرور من الاعتداء، وتقدير القاضي لذلك أمر موضوعي، لا رقابة فيه لمحكمة النقض.

ويشمل التعويض الضرر المادي والأدبي معاً.

وأما وقت تقويم الضرر فهو في رأي أغلب شراح القانون المدني: وقت وقوع الضرر، لأن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض.

وهناك بعض الفقهاء القانونيين الذين يقولون بأنه يجب الاعتداد بقيمة الشيء وقت صيرورة الحكم القضائي على المسؤول نهائياً. وهناك رأي وسط مؤدّاه التمييز بين الالتزام بإصلاح الضرر وذلك ينشأ وقت وقوع الضرر، وبين الالتزام بدفع التعويض الذي يقضي بتقدير مبلغ التعويض وقت صدور الحكم(١).

هذه المبادئ لا تتعارض مع الأحكام الفقهية في الإسلام، إلا أن فكرة الضرر المباشر يلاحظ أنها أوسع تقديراً عند القانونيين منها عند الإسلاميين في أصل الحكم الفقهي المقرر عندهم لشموله عنصري الربح والخسارة الفائتين. لكن ذكرنا سابقاً أن قواعد الإسلام من دفع الحرج ورفع الضرر ورعاية المصلحة ومشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية لا تأبى - كما بينا - إعطاء القاضي صلاحية الحكم بتعويض الأضرار الواقعة فعلاً سواء أكانت مادية أم أدبية.

ويتفق الفقه الإسلامي مع ما يراه أغلب الشراح بالنسبة لوقت تقويم الضرر، وإن كنا نجد أقوالاً أخرى في فقهنا تتفق مع رأي جماعة آخرين من شراح القانون، مثل القول بتقدير التعويض عند صدور الحكم القضائي.

المطلب الرابع : تقادم الحق في التعويض

(أو مضي المدة أو مرور الزمن)

إذا ثبت الحق في التعويض للمضرور، ثم مضت مدة ولم يطالب بحقه أمام

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص٩٦٨ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام للدكتور حجازي: ص٥٠٥ وما بعدها، مبادئ الإجراءات الجنائية للدكتور رؤوف عبيد: ص١٢٨وما بعدها.

القضاء أي لم يرفع دعوى المسؤولية، فهل يسقط حقه شرعاً بمضي المدة؟ وما مقدار المدة؟ وهل يعد وضع اليد عموماً من أسباب كسب الملكية؟

لا يعد التقادم أو مضي المدة أو وضع اليد في الشريعة الإسلامية سبباً صحيحاً من أسباب كسب الحقوق، إذ «لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي» فمن أخذ مال غيره دون إذن منه يعد غاصباً، وإنما هو فقط مانع للقاضي من سماع الدعوى بالحق، حماية لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه، وذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقادم العهد؛ لأن مبدأ الإسلام العام الأزلي هو احترام ملكية الأموال للآخرين إلا أن القضاء مع هذا يقبل التخصيص بالزمان والمكان والخصومة ويقبل التعليق بالشرط، وبناء عليه يصح للحاكم العام في مذهب الحنفية منع القاضي من سماع دعوى على شخص مضى على وضع يده خمس عشرة سنة مثلاً، فيعدّ قضاؤه بعدئذ غير نافذ[1].

وقد ثبت أن الحكام المسلمين أمروا قضاتهم بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة إلا في الإرث والوقف وعند وجود عذر شرعي، وهذا الأمر يظل نافذَ المفعول إلى الآن.

وأما مقدار المدة التي عدّها الحكام مانعاً من سماع الدعوى فهي في الوقف ٣٣ سنة أو ٣٦ سنة، وفي الإرث ٣٣ سنة وقيل ١٥ سنة، وفي أموال بيت المال ٣٦ سنة، وفي الأراضي الأميرية ١٠ سنوات. وفي بقية الحقوق ١٥ سنة. وقد أخذت المجلة (م ١٦٦٢) بمدة ١٥ سنة في جميع الحقوق غير الوقف فهي ٣٦ سنة، والأراضي الأميرية فهي عشر سنين. وتبتدئ المدة من وقت ظهور اليد على الشيء

(١) نصت المادة ١٦٦٠ من المجلة على ذلك فيما يأتي: «لا تسمع دعوى الدين والوديعة والملك والعقار والميراث والعقارات الموقوفة التي ليست بعائدة إلى أصل الوقف والعموم كالمقاطعة أو التصرف بالإجازتين والمشروطة والتولية والغلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة».

بمظهر المالك لها، وعدم المانع الشرعي من إقامة دعواه كالصغر والجنون والعته والغيبة، فإن وجد عذر شرعي كهذه الأعذار سقط اعتبار مضي المدة.

وبناء على هذا إذا ترك شخص دعواه في التعويض عن الضرر مدة ١٥ سنة، سقط حقه في إقامة الدعوى، إلا أن يقر الخصم بالحق، فينهدم مرور الزمن، لظهور الحق بإقراره[١] وعلى ذلك نصت المادة ١٦٧٤ من المجلة.

مقارنة:

يعد التقادم قانوناً سبباً من أسباب كسب الحقوق، وهذا هو المعروف بالتقادم المكسب، وهو مخالف للشريعة الإسلامية[٢]، كما أنه قد يسقط الحقوق، وهذا هو التقادم المسقط. وقد نص القانون المدني[٣] على مدة سقوط دعوى المسؤولية، إلا أن هذه المدة تختلف بحسب ما إذا كان الخطأ مدنياً أو جنائياً.

فإذا كان الخطأ مدنياً تسقط دعوى المسؤولية بأقصر المدتين: ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة، فهي تسقط بمضي ٣ سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عن الضرر. وهي تسقط في كل حال بعد مضي ١٥ سنة من يوم وقوع الضرر، وفي هذه الحالة يلتقي الفقه الإسلامي والقانون المدني.

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٣٥٦/٤ وما بعدها، مذكرة عن المعاملات للمرحوم زيد الأبياني: ص١٧ وما بعدها، المدخل الفقهي: ف ١٠٢، والمدخل لنظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء: ف ١٥٦، المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فيض الله: ص٣٦٤ وما بعدها.

(٢) قد نجد في فقهنا ما يشابه المقرر قانوناً، فإن المالكية قدروا المدة في تملك العقار بعشر سنين أخذاً من حديث «ومن حاز شيئاً عشر سنين فهو له» رواه سعيد بن المسيب (العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة: ص١١٦).

(٣) نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني المصري، ١٧٣ من المدني السوري على أنه «١- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه. وتسقط هذه الدعوة، في كل حال، بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع. ٢- نصت على بقاء الحق في الدعوى المدنية ما دامت الدعوى الجنائية باقية».

وأما إذا كان الخطأ جنائياً فإنه ينشأ عنه دعوتان: دعوى مدنية ودعوى جنائية. والدعوى المدنية تسقط بأقصر المدتين كما ذكرنا، وأما الدعوى الجنائية فتسقط بعشر سنين. وتبقى الدعوى المدنية غير ساقطة ما بقيت الدعوى الجنائية[١].

والخلاصة أن الفقه الإسلامي والقانون المدني متفقان على مبدأ سقوط الدعوى في التعويض بالتقادم، وعلى مدة التقادم الطويلة الأجل، إلا أنهما مختلفان في مدة التقادم القصيرة الأجل.

المطلب الخامس : حالات خاصة من الضمان

ذكرنا سابقاً أن قاعدة الضمان هي مقابلة المثل بمثله، والقيمة في القيميات، وأشرنا إلى أن المثل قد يكون بإزالة الضرر عيناً، وهنا نذكر بعض الصور التي يحكم فيها القاضي بالتعويض العيني أو النقدي، ونقتصر على حالات هدم المباني وقطع الأشجار وقلع عين الحيوان التي هي من صور الإتلاف مباشرة.

أ- **هدم المباني**: إذا أتلف إنسان بناء أو حائطاً لغيره يجبر عند أبي حنيفة والشافعي وداوود الظاهري ببناء مثله، فإن تعذرت المماثلة يجب ضمان قيمة البناء. لكن ذكر جماعة من فقهاء الحنفية أنه من هدم حائط غيره، فلصاحبه الخيار: إن شاء ضمن المعتدي قيمة الحائط، وتترك الأنقاض للهادم، وإن شاء أخذ هو الأنقاض، وضمن الجاني باقي القيمة، وليس له أن يجبره على البناء كما كان، لأن الحائط ليس من الأموال المثلية. وكيفية تقدير قيمة الحائط: أن تقوم الدار مع حيطانها، وتقوم من دون هذا الحائط، ثم يضمن الجاني الفرق بين القيمتين[٢]، وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، إذ نصت المادة ٩١٨ على ما يأتي: «إذا هدم أحد عقار غيره كالحانوت والخان، فصاحبه بالخيار: إن شاء ترك أنقاضه للهادم،

---

(١) الوسيط للسنهوري: ص٩٣٦ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام للدكتور حجازي: ص٤٨٩ وما بعدها، نظرية القانون للدكتور محمد علي إمام: ص٣٦٧.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم وشرحه للحموي: ٢/ ٩٧، جامع الفصولين: ٢/ ١٢٨، المحلى ٨ مسألة ١٢٦١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٥، قواعد الأحكام: ١/ ١٥٤، مذكرة عن المعاملات للأبياني: ص١٩٠، النظرية العامة للموجبات للمحمصاني: ١/ ٢١٧.

وضمنه قيمته مبنياً، وإن شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الأنقاض، وضمنه القيمة الباقية، وأخذ هو الأنقاض، ولكن إذا بناه الغاصب كالأول يبرأ من الضمان».

هذا مع العلم بأن هدم الحائط أو البناء موجب للضمان إذا لم يكن هناك ضرورة لهدمه، فإن كانت ضرورة لذاك كأن وقع حريق في مكان ولزم هدم دار أو جدار لئلا يمتد الحريق، فإن حدث الهدم بإذن الحاكم فلا ضمان، وإذا هدم من غير إذن الحاكم ضمن الهادم.

ب- **قلع الأشجار**: يعد قطع الأشجار أو قلعها أو قطع غصن منها مثلَ إتلاف المباني عند الحنفية، فيخير صاحبها بين أن يتركها للمعتدي ويأخذ قيمتها مغروسة، وبين أخذها وتضمينه باقي القيمة. وتقوم الشجرة المتلفة بين قيمتها مغروسة وقيمتها مقطوعة، أو يقوم النقص الحادث فيها بإتلاف غصن منها أو بعض ثمارها، ويدفع المعتدي الفرق القائم بينهما[1]. وقد أخذت المجلة بهذا، فنصت المادة (٩٢٠) على ما يأتي: «لو قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بغير حق، فصاحبها مخير: إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة، وترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وإن شاء حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة، وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة، مثلاً: لو كان قيمة الروضة حال كون الأشجار قائمة عشرة آلاف، وبلا أشجار خمسة آلاف، وقيمة الأشجار ألفين، فصاحبها بالخيار: إن شاء ترك الأشجار المقطوعة للقاطع، وأخذ خمسة آلاف، وإن شاء أخذ ثلاثة آلاف والأشجار المقطوعة».

جـ- **قلع عين الحيوان**: عرفنا سابقاً أن الحيوان من الأموال القيمية التي تجب القيمة بإتلافها، لكن اختلف الفقهاء خاصة في قلع عين الدابة.

فقال مالك والشافعي وأبو يوسف وداوود الظاهري، وأحمد في رواية راجحة عنه: إن ضمان ما يتلف من أجزاء الدابة هو ما ينقص من قيمتها لا فرق في ذلك بين نوع ونوع من الحيوان، لأن الأصل بقاء ما بقي على ملك المالك.

---

(١) جامع الفصولين: ٢/ ١٢٧، الأبياني والمحمصاني، المكان السابق، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص١٩٧.

وقال جمهور الحنفية: يجب ما نقص من قيمة الشاة بفقء عينها، لأن المقصود منها اللحم، فلا يعد إلا النقصان، وفي بقية أنواع الحيوان يجب ربع القيمة، لأنه عليه السلام «قضى في عين الدابة بربع القيمة»(١) وهكذا قضى عمر رضي الله عنه، وبه أفتى الإمام أحمد في رواية أخرى عنه، ولأن في هذه الحيوانات مقاصد أخرى سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والعمل والجمال(٢).

مقارنة: إن الأصل العام في القانون المدني هو التنفيذ العيني عند الإمكان، فإن تعذر فيلجأ إلى التعويض النقدي، وقد نص على ذلك(٣):

١- يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و٢٢٠ مصري (٢٢٠ و ٢٢١ سوري) على تنفيذ التزامه عيناً، متى كان ذلك ممكناً.

٢- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً. وتطبيقاً لهذا النص يحكم في حالة هدم العقار بإعادة بنائه أو بالتعويض النقدي، وفي قطع الأشجار أو قلع عين الحيوان يحكم بالتعويض النقدي.

المطلب السادس: النزول عن الحق في التعويض

النزول عن الحق في التعويض إما أن يكون قبل وقوع الضرر وإمّا بعد وقوع الضرر. أما بعد وقوع الضرر فلا مانع شرعاً، فيجوز لصاحب الحق التنازل عن حقه، وهذا مبدأ مقرر في الإسلام؛ إذ إن صاحب الحق له سلطة كاملة على حقه، فله إسقاط حقه بالإبراء، والإبراء مشروع: وهو إسقاط شخص ماله من حق عند شخص آخر، فإذا كان إنسان مديناً بمبلغ من النقود، فقال له الدائن: أبرأتك مما لي عليك من الدين، سقط حقه، وزال الدين الذي في ذمة المدين.

(١) رواه الطبراني في معجمه من حديث زيد بن ثابت (نصب الراية: ٤/ ٣٨٨).
(٢) الهداية: ٤/ ١٦٣ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ١١٤، الفروق ٤/ ٣٠، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٥٨ وما بعدها، المهذب: ٢/ ٢٠١، بداية المجتهد: ٢/ ٤١٨، المغني: ٥/ ٢٢٩، الإفصاح: ص٢١٨ وما بعدها، الميزان: ٢/ ٨٨، المحمصاني، المرجع السابق: ١/ ٢١٨.
(٣) راجع المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٠٤ من القانون المدني السوري.

ويسمى هذا النوع من الإبراء إبراء الإسقاط.

وأما قبل وقوع الضرر: فيجوز في العقود الاتفاق على التنازل عن الحق في التعويض عن الأموال والحقوق المادية، أو التخفيف من المسؤولية، أو التشديد فيها، إذ لا مانع شرعاً من الاتفاق على مضاعفة الغرامة بسبب الإخلال بالتزام تعاقدي، ويجب الوفاء بالشرط المتفق عليه.

وأما في المسؤولية التقصيرية عن الأعمال غير المشروعة، سواء في الأموال أم في الجنايات على الأنفس، فلا يعتد شرعاً بالاتفاق أو الإذن بالاعتداء إذا كان المال للغير، ويكون مضموناً بالإتلاف، أما المال الخاص وإن كان يحرم شرعاً إتلافه أو الأمر بإتلافه، فإنه لا يضمن حينئذ. وهذا ما تدل عليه عبارات الفقهاء في القواعد والأمثلة الآتية:

-«إذا أمر شخص إنساناً بأخذ مال الغير، فالضمان على الآخذ؛ لأن الأمر لم يصح، وفي كل موضع لا يصح الأمر، لا يجب الضمان على الآمر»(١).

-«ما حرم فعله حرم طلبه»، «الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل».

-«لا ينفذ أمر القاضي إلا إذا وافق الشرع»، «ليس للإمام أن يملك أحداً إلا ما ملكه الله، وإنما وظيفة الإمام القسمة بالعدل»، «ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف»(٢).

-«لو أمر إنسان عبد غيره، فقال له: اقتل نفسك، ففعل، يضمن الآمر قيمته».

-«لو خرق ثوب إنسان بأمر غيره، ضمن المخرق لا الآمر»(٣).

-«لو قال: اقتلني، فقتله بسيف، فلا قصاص وتجب الدية في ماله في الصحيح استحساناً، لأن الإباحة لا تجري في النفس، وسقط القوَد (أي القصاص) لشبهة الإذن».

---

(١) مجمع الضمانات: ص١٥٨.
(٢) مجامع الحقائق: ص٣٢٨، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٠٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/١٥٨، رد المحتار: ٣/ ٢٨١.
(٣) مجمع الضمانات، المكان السابق.

-«وكذا لو قال: اقتل أخي أو ابني أو أبي، فتلزمه الدية استحساناً».

-«ولو قال: بعتك دمي بفلس أو بألف، فقتله، يقتص منه لأنه بيع باطل، وهو ليس بإذن بالقتل، فليس كقوله: اقتلني».

-«ولو قال: اقطع يده، فقطع يده، يقتص منه، إذ ليس أمره مسقطاً للقصاص».

-«ولو قال لآخر: اقطع يدي، فإن كان بعلاج، كما إذا وقعت في يده أكلة، فلا بأس به، وإن من غير علاج، لا يحل، ولو قطع في الحالين، فسرى إلى النفس - أي أدى ذلك إلى الوفاة - لا يضمن»[1].

مقارنة: هذه الأحكام المقررة تتفق في جملتها مع أحكام القانون الوضعي، إذ يجوز بلا شك النزول عن الحق في التعويض بعد وقوع الضرر، أما قبل وقوع الضرر فهذه هي مسألة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف منها، وقد نص القانون المدني في سورية ومصر على حكم هذه الاتفاقات، فقال في المادة ٢١٧ مصري، ٢١٨ سوري/٣: «ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع» ويمكن تسويغ ذلك بأن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام.

فالإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو التخفيف منها باطل لمخالفته للنظام العام، أما الاتفاق على التشديد فهو جائز، يدل لصحته ما نصت عليه نفس المادة المذكورة/١: «يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة» وحينئذ تتعلق المسألة بتحمل التبعة لا بالمسؤولية، لأن وجود الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة ينفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر، ومن ثم لا تتحقق المسؤولية[2].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/٣٨٨ وما بعدها.

(٢) الوسيط للسنهوري: ص٩٧٧ وما بعدها، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ص٥٠٩ وما بعدها.

الفصل الثاني

آفاق الضمان

نتكلم في هذا الفصل على آفاق الضمان في مظانه المختلفة، سواء أكانت اليد يد أمانة أم يد ضمان، وسواء أكان الضمان ناشئاً عن عقد أم عن وضع يد فقط كما في الغصب والإتلاف، فالإتلاف موجب للضمان سواء في يد الضمان أم في يد الأمانة لقوة الإتلاف[1]. وذلك يقتضي قسمة هذا الفصل إلى المباحث الآتية، ونبدأ بالأول منها:

المبحث الأول: محل الضمان: الأمانات والمضمونات

حدد ابن رشد المالكي محل الضمان فقال: وأما ما يجب فيه الضمان: فهو كل مال أتلفت عينه، أو تلفت عند الغاصب (أي أو عند غيره) عينه بأمر من السماء أو سلطت عليه اليد، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق. واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار، فقال الجمهور: إنها تضمن بالغصب، أعني أنها إن انهدمت الدار، ضمن قيمتها. وقال أبو حنيفة: لا يضمن. وسبب اختلافهم: هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول؟ فمن جعل حكم ذلك واحداً، قال بالضمان. ومن لم يجعل حكم ذلك واحداً، قال: لا ضمان[2].

---

(١) شرح المحلي للمنهاج مع حاشية قليوبي وعميرة: ٣/ ٣٠.
(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، تهذيب الفروق: ٢/ ٢٠٣.

وقال ابن القيم: إن محل الضمان: هو ما قبل المعاوضة[١] أي أن يكون قابلاً للبيع والشراء، فالملاهي والأصنام والخمور والخنازير غير مضمونة شرعاً، لأنها لا تقبل المعاوضة؛ لأن النبي ﷺ قال: «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»[٢] وقال: «إن الله إذا حرم شيئاً، حرم ثمنه»[٣] وقد شرحنا ذلك في شروط الضمان.

وإذا أردنا تعميم معنى الضمان فنقول: المضمونات قسمان:

١- ما ليس بمال وهم البشر، فيضمنون بالجناية على النفس أو الأعضاء إما بالمباشرة وإما بالتسبب.

٢- ما هو مال: وينقسم إلى **أعيان ومنافع وزوائد ونواقص وأوصاف**[٤]. وتضمن الأموال بتلفها أو إتلافها تحت يد عادية، والمراد باليد العادية: الضامنة، وإن لم يكن صاحبها متعدياً، حتى يشمل التعريف المستام (أي القابض على سوم الشراء) والمستعير عند الفقهاء القائلين بأن يده يد ضمان[٥].

أولاً - أما **الأعيان** فنوعان: أمانات ومضمونات، وتضمن الأمانات في حالة التعدي أو التقصير كإهمال حفظ الوديعة مما أدى إلى تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وحينئذ لا تبقى أمانة بل تكون مغصوبة. فإن هلكت بلا تعد فلا شيء في مقابلتها.

والمضمونات: يجب ضمان تلفها أو إتلافها في كل الحالات، حتى ولو كان التلف قضاء وقدراً.

والأمانات: هي التي يجب تسليمها بذاتها، فإذا هلكت لا تضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير، وهو نوعان:

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص٢٧٣.
(٢) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة (الجماعة) من حديث جابر بن عبد الله ﷺ.
(٣) رواه أحمد وأبو داوود من حديث ابن عباس بلفظ «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء، حرم عليهم ثمنه».
(٤) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ٢٥٦/١١، قواعد الأحكام: ١٥٢/١ وما بعدها.
(٥) نهاية المحتاج: ١١٦/٤.

١- أمانة حصلت في يد المؤتمن برضا صاحبها، وحكمها أنه لا يجب أداؤها إلا بعد المطالبة بها، مثل الودائع، والعواري عند الحنفية والمالكية، والهبات، وأموال الشركات والمضاربات والوكالات والعين المؤجرة، حالة بقاء عقودها قائمة.

ويحصل الرضا أو الإذن بها إما بعقد، أو بإذن شرعي كاللقطة، أو بإذن عرفي كالمنقذ لمال غيره من التلف ونحوه.

٢- أمانة حصلت في يد المؤتمن من دون رضا صاحبها، وحكمها أنه يجب المبادرة إلى ردها مع العلم بمستحقها والتمكن منه، ولا يجوز التأخير مع القدرة على الرد، مثل اللقطة إذا علم صاحبها، أو الشيء المودع والمرهون ومال المضاربة ونحوها في حالة ما إذا مات المؤتمن، وانتقلت الأمانة إلى وارثه، فلا يجوز له حينئذ إمساك الشيء عنده من دون إذن، لأن المالك لم يرض به.

ومثله أيضاً: الثوب الذي طيرته الريح إلى دار إنسان أو حجره، لا يجوز له إمساكه مع العلم بصاحبه.

وينطبق ذلك أيضاً على الأمانات بعد فسخ عقودها كالإيداع والوكالة والشركة والمضاربة، فإنه يجب على المؤتمن ردها إلى أصحابها فوراً لزوال الائتمان[1].

ثم إن **الحنفية** من أجل تحديد الملزم بالتسليم قسموا العين التي هي أمانة إلى واجبة التسليم كالعارية والمستأجر في يد الأجير، وغير واجبة التسليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات[2].

والأعيان المضمونة عند الحنفية من ناحية الالتزام برد المثل أو القيمة نوعان:

١- عين مضمونة بنفسها أي في حد ذاتها: وهي التي يجب ضمان ردها بعينها ما دامت موجودة، فإن هلكت وجب الإتيان بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فعليه قيمتها.

وعلى هذا فتكون العين مضمونة في حد ذاتها، بقطع النظر عن عوارض أخرى،

---

(١) القواعد لابن رجب: ص٥٣ وما بعدها، ٥٥ نهاية المحتاج للرملي: ٤/ ١١٤، شرح الأشباه والنظائر للحموي: ٢/ ٢١١.

(٢) البدائع: ٦/ ٧، مجمع الضمانات: ص٢١٧.

كالمغصوب والمهر وبدل الخلع إذا كان عيناً لا ديناً[١]، والمقبوض ببيع فاسد، والمقبوض على سوم الشراء[٢].

٢- عين مضمونة بغيرها: هي العين التي يجب تسليمها ما دامت موجودة، فإذا هلكت لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها. فهي إذن ليست بمضمونة، ولكنها تشبه المضمونة، كالمبيع قبل قبض المشتري له مضمون بالثمن، والمرهون مضمون بالدين. فإذا هلك المبيع قبل القبض، لا يجب على البائع أو غيره شيء لا المثل ولا القيمة. ولكن يسقط الثمن عن ذمة المشتري، وهو غير المثل والقيمة وإذا هلك المرهون لا يجب على الدائن المرتهن شيء للمدين، ولكن يسقط من الدين عن الراهن بمقدار الأقل من الدين والمرهون. فبمجرد هذا الاعتبار وهو حدوث مقاصة بين الدين والمرهون أو المبيع والثمن، سميت العين بالعين المضمونة بغيرها، فكأن ذلك من قبيل المشاكلة والمشابهة للمضمونات بنفسها[٣].

(١) السائد أن الدين هو المال المفترض، والمقصود به هنا أعم من ذلك وهو ما يقابل كلمة «العين» والعين: هي الشيء المعين المشخص بذاته كجدار وكرسي وقلم. والدين: هو ما يثبت في الذمة كمقدار من النقود في ذمة إنسان؛ سواء أكان التزامه عن عوض مالي كالقرض وثمن المبيع، أو لزمه بالتزامه كالكفالة والمهر وعوض الخلع، أو لزمه بغير التزامه كبدل المتلف ونفقة الأقارب والزوجات. قال ابن رجب الحنبلي: لا يجب أداء الدين من دون مطالبة المستحق إذا كان آدمياً. ما لم يكن قد عين له وقتاً للوفاء، فإن عين وقتاً كيوم كذا، فلا ينبغي أن يجوز تأخيره عنه، لأنه لا فائدة للتوقيت إلا وجوب الأداء فيه من دون مطالبة. وأما إن كان الدين لله عز وجل فالمذهب (أي الحنبلي) أنه يجب أداؤه على الفور، لتوجه الأمر بأدائه من الله عز وجل، مثل الزكاة والكفارات والنذور (القواعد: ص٥٣).

(٢) المقبوض على السوم نوعان: مقبوض على سوم النظر، ومقبوض على سوم الشراء. وهو أن يقبض الإنسان شيئاً لينظره أو ليشتريه، فإن بين البائع للمقبوض ثمناً، كان المقبوض مضموناً بالقيمة على القابض، وهذا هو المقبوض على سوم الشراء، وهو مضمون. وإن لم يبين البائع ثمن السلعة، فيكون أمانة في يد القابض، وهو المقبوض على سوم النظر، وهو أمانة فقط (راجع الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٥٢ وما بعدها، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٢/ ١٥٠، مجمع الضمانات: ص٢١٣، ٢١٧، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص٩٦، وانظر المادتين ٢٩٨، ٢٩٩ من المجلة).

(٣) رد المحتار: ٥/ ٣٤٠، البدائع، شرح الأشباه للحموي، مجمع الضمانات: المكان السابق، تحفة الفقهاء للسمرقندي: ٣/ ٤٠٩ الطبعة الأولى، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٣٤٩.

والأعيان المضمونة عند **المالكية** إما أن تكون:

أولاً- بسبب العدوان كالمغصوبات والمسروقات ونحوها.

ثانياً- أو بسبب قبض بغير عدوان بل بإذن المالك كقبض المبيع الذي يصبح المشتري بقبضه ضامناً له، أو بقاء يد البائع، فإن المبيع يكون من ضمان البائع قبل القبض، وكقبض المبيع بيعاً فاسداً فإنه من ضمان المشتري، ويضمن عندهم بالقيمة إذا تغير في ذاته، أو تغير سوقه، أو تعلق به حق الغير، أو تلف بآفة سماوية، أو أتلفه المشتري، وكقبض العواري والرهون التي يغاب عليها (أي يمكن إخفاؤها) كالحلي والسلاح وأنواع العروض التجارية، وكقبض الأعيان التي تقترض، فإن المقترض يضمنها[(١)].

ومثل هذا التقسيم موجود عند **الشافعية**، وقد عدد **السيوطي الشافعي** أنواع المضمونات التي يفهم منها ذلك وهي ستة عشر، منها[(٢)]:

١- الغصب.

٢- الإتلاف بلا غصب.

٣- اللقطة إذا جاء مالكها بعد التملك وهي تالفة.

٤- المقبوض بالشراء الفاسد إذا تلف.

٥- القرض.

٦- العارية.

٧- المستام أو المقبوض بسوم، كأن يأخذ سلعة ليتأملها هل تعجب فيشتريها، أو لا، فيردها، فإذا تلفت في يد القابض، ضمنها كما ذكرنا قريباً.

ودليل الضمان في هذه الحالات ونحوها هو قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فقوله: «على اليد ما أخذت» أي ضمان ذلك، لأن الكلام بعد التلف. وقوله: «حتى تؤديه» أي إلا أن تؤديه، وهو استثناء منقطع؛ لأنه من الضمان بعد التلف.

---

(١) الفروق: ٢/ ٢٠٧.

(٢) الأشباه والنظائر: ص٢٧٥ وما بعدها، وراجع حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٢/ ١٥٠، المجموع للنووي: ٩/ ٣٠٧.

وقال **الحنابلة**: الأعيان المضمونة وهي التي يجب ضمانها بالتلف والإتلاف بكل حال: تجب المبادرة إلى ردها في كل الأحوال، سواء أكان حصولها بيد الضامن بفعل مباح أم محظور.

فالأول كالعواري إذ هي مضمونة عندهم، فيجب ردها إذا استوفى المستعير منها الغرض المستعار له، سواء طالبه المالك أم لم يطالب، لأنها عندهم من المضمونات فهي شبيهة بالمغصوب.

والثاني كالمغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما(١).

والخلاصة أن تقسيم الأعيان المضمونة عند غير الحنفية واحد وهو إما أن يكون الضمان بسبب العدوان أو التعدي(٢) وإمّا بسبب قبض مأذون فيه.

هل العقارات من الأعيان المضمونة؟

يضمن المنقول ضمان يد أو حيازة بالتعدي عليه بالنقل والتحويل باتفاق الفقهاء، وأما العقار فإنه ثار في شأن ضمانه باليد اختلاف بين الفقهاء، وبرز الخلاف في الغصب:

---

(١) القواعد لابن رجب: ٢/ ٥٤، ٣٠٨، وانظر المغني: ٤/ ٣١١.

(٢) يلاحظ أن التعدي أعم من الغصب، لأن التعدي يمكن أن يكون في الأموال والأعراض والنفوس. وأما الغصب فهو خاص بالأموال. ويفترق التعدي عن الغصب من نواح عدة: منها أن الغاصب يضمن الفساد اليسير ويجيز للمالك أخذ قيمة المغصوب إن شاء، أما المتعدي فلا يضمن إلا الفساد الكثير؛ أي الضرر الكثير. وليس للمالك إلا أخذ مقابل النقص الحاصل بالمتعدى عليه. ومنها أن المتعدي لا يضمن الآفة السماوية أي القوة القاهرة، وأما الغاصب فيضمنها.

ومنها: أن المتعدي يضمن غلة ما عطل، بخلاف الغاصب إنما يضمن غلة ما استعمل.

ومنها: أن الغاصب يضمن عند الشافعية قيمة الشيء من أول يوم حدث فيه الغصب، والمتعدي يضمن القيمة يوم التعدي.

ومنها: أن الغاصب لا يضمن عند المالكية النقص الحادث بسبب تغير الأسعار، أما المتعدي فيضمن النقص الحادث بسبب تغير السعر (راجع القوانين الفقهية: ص٣٣١ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٣/ ٤٥٣، ٤٥٩، ط البابي الحلبي، التعليقات على الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٨، الفروق للقرافي: ٤/ ٣١ وما بعدها).

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إنه لا يتصور غصب العقار، لكن إذا أتلفه الغاصب، ضمنه بالإتلاف. وتعليل ذلك أنه لم يتحقق معنى الغصب وهو (إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال)، لأن العقار ما زال موجوداً في محله بلا نقل وتحويل، وإبعاد المالك عن عقاره فعل في المالك لا في العقار، وهذا المعنى لا يوجب الضمان، كما لو حال شخص بين المالك ومتاعه أو ماشيته، فتلف ذلك، والحيلولة كما عرفنا سابقاً ليست من أسباب أو مصادر الضمان عند الحنفية.

وقال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ومحمد صاحب أبي حنيفة: إنه يتصور غصب العقار كالأراضي والدور، ويجب على غاصبها، لوجود الانتفاع بها على وجه التعدي، وهي الغاية المطلوبة من الاستيلاء، والتعدي أحد أركان الضمان كما بينا سابقاً، ولأن معنى الغصب (وهو الاستيلاء على حق الغير عدواناً، أو إزالة يد المالك عن ماله من دون إذنه) متحقق حينئذ، ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمنقول، ولأنه يمكن الاستيلاء على الشيء بأن يحول بينه وبين مالكه، مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها، فأشبه ذلك ما لو أخذ الدابة والمتاع، والحيلولة أو الأخذ عدواناً موجب للضمان.

ويدل لهذا الرأي الأرجح في تقديرنا قوله ﷺ: «من ظلم قيد شبر من الأرض، طُوِّقه يوم القيامة من سبع أرضين» وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض».

ويتضح أثر الخلاف فيما إذا غصب إنسان داراً أو أرضاً، فانهدم شيء من البناء، أو جاء سيل، فذهب البناء والأشجار، أو غلب الماء على الأرض، فبقيت مغطاة بالماء، فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ أي لا يجب عليه ضمان القيمة، وإنما يجب عليه فقط رد المغصوب لصاحبه ما دام موجوداً، وأما عند جمهور الفقهاء فعليه الضمان، وهو الراجح، لذا قال متأخرو الحنفية: في غصب العقار، والدور الموقوفة، ومنافع الوقوف: يفتى بالضمان.

وإذا غصب شخص عقاراً، فجاء إنسان، فأتلفه، فالضمان على المتلف عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي رأي الآخرين: يخير المالك بين تضمين الغاصب أو المتلف، فإن اختار تضمين الغاصب، فله أن يرجع بعدئذ بالضمان على المتلف؛

لأنه دفع عنه ديناً واجباً عليه، وإن اختار تضمين المتلف، لا يرجع على أحد، لأنه ضمن فعل نفسه.

واتفق العلماء على أن الغاصب ضامن إذا أتلف العقار المغصوب بفعله أو بسبب فعله، كهدم حيطان الأرض، وتغريقها، وكشط ترابها، وإلقاء الحجارة فيها، أو نقص شيء في غرس الأرض أو بنائها، ففي كل هذه الحالات يكون الغاصب ضامناً للقيمة، لأنه متلف، والعقار يضمن بالإتلاف باتفاق الفقهاء[١].

هذه هي الأعيان المضمونة وغير المضمونة.

ثانياً - وأما المنافع فهل هي مضمونة أم لا؟

كذلك اختلف متقدمو الحنفية مع جماهير العلماء في ضمان منافع الأشياء المباحة[٢] التي تستباح بعقد الإجارة، كالسكنى والاستخدام والركوب والزراعة واللبس ونحو ذلك. وأما ما لا يستباح بعقد الإجارة وهو ما لا تستحق منافعه بعوض كالغنم والشجر والطير، فإنه لا ضمان لمنافعه اتفاقاً.

وقد برز الخلاف أيضاً في غصب منافع العقار:

قال أئمة الحنفية: المنافع ليست أموالاً، لكن يمكن تملكها، لأن المال عندهم

---

(١) راجع الموضوع في البدائع: ٧/ ١٤٦، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٦٨ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/ ٢٢٤، اللباب شرح الكتاب: ٢/ ١٨٩، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٣٠ وما بعدها، جامع الفصولين: ٢/ ١٢٨، مجمع الضمانات: ص١٢٦، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٣، مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٥، المهذب: ١/ ٣٦٧، المغني: ٥/ ٢٢٣، الإفصاح: ص٢١٩، الميزان: ٢/ ٩٠، القواعد لابن رجب: ص٢٠٧.

(٢) المنافع نوعان: أحدهما - منفعة محرمة كمنافع الملاهي والصور المحرمة والنجاسات والحيوانات المحرم أكلها، وكل ما يتصل بالأعراض بالطرق غير المشروعة من لمس ومس وتقبيل وضم وزنا، وهذه لا ضمان لها لحقارتها، إلا أنه يجب دفع مهر المزني بها بالإكراه أو بوطء فيه شبهة.

النوع الثاني: أن تكون المنفعة مباحة متقومة، وهذه يجب ضمانها عند جمهور الفقهاء في العقود الفاسدة والصحيحة والأيدي العادية (أي الضامنة) بالغصب أو الإتلاف ونحوهما، لأن الشرع قد قومها ونزلها منزلة الأموال، لأن المنافع هي الغرض الأظهر المقصود من جميع الأموال (راجع قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ١/ ١٥٤ وما بعدها).

مقصور على الأشياء المادية، والمنافع ليست ذات وجود مادي، وإنما هي أعراض متجددة تحدث شيئاً فشيئاً على مرّ الزمن، لذا فإنه لا يمكن أن يرد عليها الغصب، ولا تضمن بالتلف ضمان يد، لكن تكون مضمونة أي ذات قيمة، إذا عقد عليها عقد من العقود كالإجارة والزواج، فيصح تقويمها عندئذ للضرورة، ولرضا المتعاقدين، وبهذا الاتفاق أو التراضي تصبح مالاً متقوماً.

وبناء عليه: لا تضمن عندهم منافع المغصوب، سواء استوفاها الغاصب أم عطلها، فإذا كان المغصوب سيارة أو دابة مثلاً فلا يلزم بضمان أجر المثل مدة الغصب؛ إذ ليس للمنفعة مثل، فلا يمكن الحكم ببدلها، وإنما يؤاخذ الغاصب ديانة في الدار الآخرة، وليس هنا عقد حتى تصبح المنافع متقومة. وكذلك يضمن الغاصب نقصان المغصوب باستعماله إياه، ودليلهم على عدم تضمين المنافع: هو قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»[1] أي إن الغنم بالغرم.

لكن وجه إلى رأي الحنفية بعدم اعتبار المنافع أموالاً نقد شديد[2] لمجافاته المصلحة، وعدم تمشيه مع الواقع، وإهداره الحقوق، ولأن الأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها، فكيف لا تكون المنافع متقومة؟

وأمام هذا النقد، ونظراً لكثرة الغصوبات، وضعف الدين في النفوس ورعاية للمصلحة، وصوناً لأموال الضعفاء، أفتى متأخرو الحنفية بضمان منافع المغصوب، والإلزام بدفع أجر المثل عن مدة الاستعمال في ثلاثة أشياء: وهي أن يكون المغصوب مالاً موقوفاً للسكنى أو للاستغلال أو لغيرهما، أو مال يتيم، أو معداً للاستغلال بأن بناه صاحبه لذلك، أو اشتراه لذلك، أو آجره أكثر من ثلاث سنين متتابعة، بشرط استعمال المعد للاستغلال بغير تأويل ملك أو عقد، فإذا استعمل بتأويل ملك، كما لو سكن أحد الشركاء بيتاً مشتركاً من دون إذن الشريك الآخر، فلا أجر عليه لأنه استعمله على أنه ملكه؛ لأن حق السكنى في الدار المشتركة

---

(١) سيأتي في بحث القواعد الفقهية تخريج هذا الحديث وبيان سببه.
(٢) انظر المدخل لنظرية الالتزام للأستاذ الزرقاء: ص٢٠٧ ف١٣٦، المسؤولية المدنية والجنائية في الإسلام للأستاذ محمود شلتوت: ص٩ وما بعدها.

يجعلها كالمملوكة لكل واحد من الشريكين، وإلا تعذر عليه الانتفاع بملكه. وكذلك لو استعمل بتأويل عقد، كما إذا سكن المرتهن في البيت المرهون، بأن استأجره سنة بأجر معلوم ثم سكنه سنتين، فلا شيء عليه لأنه لم يسكنه ملتزماً للأجر[(١)].

وهذه الاستثناءات تصلح أساساً للقول بعموم الحكم بضمان جميع المنافع. وقد التزمت المجلة مذهب الحنفية بكل ما جاء فيه مع هذه الاستثناءات (انظر المواد ٥٩٦-٥٩٩).

وقال **المالكية**: تضمن منافع الأموال من دور وأرض بالاستعمال فقط، ولا تضمن حالة الترك، أي تضمن بالتفويت دون الفوات.

هذا إذا غصب ذات الشيء فيضمن المنفعة بالاستعمال. أما إذا غصب المنفعة فقط، فيضمنها بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها كأن يغلق الدار ويحبس الدابة ونحوهما[(٢)].

وقال **الشافعية والحنابلة**: تضمن منافع الأموال التي يستأجر المال من أجلها بالغصب أو بالتعدي، سواء استوفى الغاصب المنافع أو تركها حتى ذهبت[(٣)]؛ لأن المنافع أموال متقومة كالأعيان، ولأن «الغرض الأظهر من جميع الأموال هو منفعتها» على حد تعبير العز بن عبد السلام، والناس يعتادون تمول المنفعة

---

(١) المبسوط: ١١/٧٨، ٨٠، تكملة فتح القدير: ٧/٣٩٤، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/٢٣٣ وما بعدها، الدر المختار: ٥/٣١، ١٤٤-١٤٦، الهداية: ٣/١٦٩، درر الحكام: ٢/٢٦٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/١٠٠ وما بعدها.

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٣/٤٤٨، ٤٥٢، ٤٥٤ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/٣١٥، شرح الرسالة: ٢/٢٢٠ وقارن المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا الشيخ محمود شلتوت: ص٩، وفصول من الفقه الإسلامي للزميل فيض الله: ص٢٦، حيث جعل الأول مذهب المالكية كالحنفية في أن المنافع لا تضمن، والثاني أطلق ضمان المنافع عند المالكية، والتحقيق ما ذكرناه من تفصيل.

(٣) عبارة الفقهاء في هذا: تضمن المنافع بالتفويت والفوات في يد عادية، والمقصود بالتفويت: استيفاء المنفعة كمطالعة الكتاب وركوب الدابة، وشم المسك، ولبس الثوب، والمقصود بالفوات في يد عادية: هو ترك المنافع تضيع سدى من دون استيفاء، كإغلاق الدار دون إسكان أحد فيها (انظر مغني المحتاج: ٢/٢٨٦).

بالاتجار فيها، فإن أعظم الناس تجارة هم الباعة، والمنفعة رأس مالهم، وأثمان الأشياء تقدر بمنافعها، ولأن الشرع عدّ المنفعة مالاً؛ إذ أجاز جعلها مهراً في عقد الزواج، وذلك بعموم ما دلت عليه الآية القرآنية: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٤/ ٢٤].

وعلى هذا، فإن قيمة المنفعة المستولى عليها بالتعدي تكون مضمونة بأجرة المثل، لضياع المنفعة على صاحبها[١]. وهذا ما أخذ به القانون المدني الذي يقضي بضمان أجر مثل العقارات المغصوبة، والتعويض عن كل ضرر يلحق المالك بسبب ضياع منافع ماله المغصوب عليه.

ثالثاً - الزوائد:

اختلف الفقهاء أيضاً في ضمان نماء أو غلة أو زوائد المغصوب على قولين: قول بالضمان، وآخر بعدم الضمان، الأول هو رأي الشافعية والحنابلة، والثاني رأي الحنفية والمالكية.

قال الحنفية، والمالكية في الراجح عندهم: إن الزيادة الحادثة في المغصوب في يد الغاصب، سواء أكانت متصلة به كالسمن والجمال، أم منفصلة عنه كالولد واللبن وثمرة البستان والصوف ونحو ذلك، أمانة في يد الغاصب، فإن هلك فلا ضمان عليه، إلا بالتعدي عليها كالإتلاف أو الأكل أو البيع، أو بالامتناع عن أدائها بعد طلبها من مالكها؛ لأن الزيادة ليست مغصوبة لفقدان شرط الإزالة من يد المالك، لأنها لم تكن في يده وقت الغصب[٢].

وقال الشافعية والحنبلية: زوائد المغصوب في يد الغاصب مضمونة ضمان

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٦، فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٦٢، قواعد الأحكام: ١/ ١٥٢ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٢١٣، المغني: ٥/ ٢٢٧، المهذب: ١/ ٣٦٧.

(٢) المبسوط ١١/ ٥٤، البدائع: ٧/ ١٦٠، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٣٢، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٨٨، الدر المختار: ٥/ ١٤٣، القدوري مع شرحه اللباب: ٢/ ١٩٤، القوانين الفقهية: ص٣٣٠، بداية المجتهد: ٢/ ٣١٥ وما بعدها.

الغصب إذا تلف شيء منها في يده، سواء أكانت الزيادة متصلة مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها، أم منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان؛ لأن الزوائد ملك للمغصوب منه، وقد صارت في يد الغاصب بالغصب، فتضمن بالهلاك أو التلف كأصلها الذي تولدت منه، باعتبار أن الغاصب تسبب في ذلك بسبب محظور وهو الغصب[١].

رابعاً - النواقص:

اتفق الفقهاء على مبدأ ضمان النقصان الحادث في الأموال بسبب الغصب أو الإتلاف ونحوهما من أنواع الأيدي العادية (أي الضامنة) عمداً أو خطأ أو تقصيراً، وسنذكر هنا أهم حالات النقصان المادي بسبب الغصب وحكمها في كل مذهب فقهي كنموذج للبحث، لأن ضمان الغصب - على حد تعبير الحنفية - ضمان جبر الفائت، فيتقدر بقدر الفوات، ومن نقص في يده شيء فعليه ضمان النقصان[٢].

١- **مذهب الحنفية**: قال فقهاء الحنفية[٣]: إما أن يكون النقص بفوات جزء من العين يسيراً وإمّا كبيراً فاحشاً، فإذا كان يسيراً ضمن الغاصب قدر النقصان، وتظل العين المغصوبة ملكاً لمالكها، وإذا كان فاحشاً فللمالك تضمين الغاصب جميع قيمة الشيء، وذلك سواء أكان النقص حادثاً بآفة سماوية أم بفعل الغاصب، نصت المادة ١٩٧ من المجلة على ما يأتي: «لو أطرأ أحد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة».

واختلفوا في تقدير اليسير، والكثير الفاحش، فقال بعضهم: الفاحش: هو

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٢٩١، المهذب: ١/ ٣٧٠، كشاف القناع: ٤/ ٦٦، المغني: ٥/ ٢٤٠، الإفصاح: ص٢١٨.

(٢) البدائع: ٧/ ١٥٥، كتاب القدوري وشرحه اللباب: ٢/ ١٩٠.

(٣) كتاب القدوري مع اللباب: ٢/ ١٩٠ وما بعدها، المبسوط: ١١/ ٨٥، الهداية: ٤/ ١٢، البدائع: ٧/ ١٥٥، ١٥٨، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٦٩-٣٨٥، تبين الحقائق: ٥/ ٢٢٨ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٣١-١٣٦، مجمع الضمانات: ص١٣٣ وما بعدها.

ما أوجب نقصان ربع القيمة فصاعداً. واليسير: ما دون ربع القيمة، وهو ما يمكن إصلاحه. والرأي الصحيح أن الفاحش: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة. واليسير: ما يفوت به بعض المنفعة أي تنقص منفعته فقط. والأولى ما أخذت به المجلة[1] وهو أن النقصان اليسير؛ ما لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب. والنقصان الفاحش: ما كان مساوياً لربع القيمة أو أزيد.

وبناء على هذا يعرف حكم الأمثلة الآتية:

أ- من ذبح حيواناً مأكول اللحم لغيره كالشاة والجزور، أو قطع يده، فيخير المالك بين تضمين المعتدي جميع القيمة وترك الحيوان له، لأن ذلك إتلاف من بعض الوجوه لضياع أغراض معينة كالحمل والنسل والدر، وبين تضمين النقصان وأخذه هو، لبقاء بعض المعتدى عليه وهو اللحم.

ولو كانت الدابة غير مأكولة، فذبحها الغاصب أو قطع طرفها ضمن المعتدي جميع قيمتها، لوجود الاستهلاك الكلي.

وإذا اعتدى إنسان على حيوان فأحدث فيه عوراً أو شللاً، فإن المعتدي يضمن النقصان.

ب- من خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً، ضمن نقصانه، والثوب لمالكه، لبقاء العين كما هي، ووجود التعييب فقط. واليسير كما علمنا: ما فات به بعض المنفعة.

وإن خرق الثوب خرقاً كبيراً كأن قطعه قميصاً أو غيره بحيث يبطل جميع منفعته، فللمالك تضمين المعتدي جميع قيمته لأنه استهلاك كامل كالإحراق، أو تضمينه النقصان فقط لبقاء الثوب، وإضاعة بعض المنافع. والخرق الكبير أو الفاحش: ما فات به بعض العين وبعض المنفعة التي كانت مقصودة من الثوب.

جـ- من غصب ثوباً فصبغه بصباغ ما، فإن أنقص قيمته، ضمن الغاصب قيمة النقصان. وإن زاد في قيمته يخير المالك بين تضمين المعتدي قيمة الثوب غير المصبوغ، أو أخذه وضمانه للغاصب قيمة الزيادة.

---

(١) راجع المادة ٩٠٠ منها.

د- إذا تغيرت العين المغصوبة بنفسها كأن صار العنب زبيباً، أو الرطب تمراً، فإن المالك بالخيار: إن شاء أخذ الشيء، وإن شاء تركه، وضمن الغاصب قيمة النقصان.

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب بحيث زال اسمها الأصلي وذهب أكثر منافعها المقصودة منها، ضمن الغاصب جميع قيمتها لمالكها، ولا يحل له الانتفاع بها شرعاً حتى يؤدي بدلها، كأن غصب شخص شاة فذبحها وشواها أو طبخها، أو غصب حنطة فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو زيتوناً أو عنباً فعصره، أو خشباً فبنى عليه، أو غصب حديداً فاتخذه سيفاً أو آنية، أو غزلاً فنسجه ثوباً، أو قطناً فحلجه، أو اختلط المغصوب بغيره بحيث لا يمكن تمييزه عنه كاختلاط الحنطة بالحنطة، ففي كل هذه الحالات ونحوها يجب الضمان على الغاصب، ويتملك هو الشيء المضمون دون أن يحل له الانتفاع به قبل أداء الضمان للمالك أو الإبراء منه، أو تضمين القاضي له.

هـ- العقارات: إذا نقص شيء من العقار كانهدام الدار بفعل الغاصب أو سكناه، ضمنه باتفاق الحنفية، لأن ذلك إتلاف، والعقار مضمون بالإتلاف.

ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو زرعها، أو بنى عليها بناء، فللمالك أن يقول للغاصب: اقلع الغرس والبناء، ورد الأرض فارغة.

فإن كانت الأرض تنقص بقلع الشجر والبناء منها، فللمالك أن يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعاً، مراعاة لحقهما ودفعاً للضرر عنهما، بعد حسم أجور القلع، فإذا كانت قيمة الأنقاض عشرة مثلاً، وأجرة قلعها واحداً، ضمن المالك تسعة.

وإذا انتقصت الأرض بالزراعة غرم الغاصب قيمة النقصان؛ لأنه أتلف جزءاً من الأرض.

٢- **مذهب المالكية**: إذا نقص المغصوب عند الغاصب، فإن كان النقص بفعل الغاصب، فالمالك مخير بين أن يأخذ قيمة المغصوب يوم الغصب ويتركه للغاصب، وبين أن يأخذ الشيء المغصوب على حالته الناقصة، ويأخذ قيمة النقص الحادث بتقديرها يوم التعدي.

وإن كان النقص بآفة سماوية: فليس لصاحب المغصوب إلا أن يأخذه ناقصاً دون أن يأخذ قيمة النقص، أو يضمن الغاصب قيمة الشيء يوم الغصب[١]. والخلاصة أنه في الحالة الأولى تضمن قيمة النقصان، ولا تضمن في الحالة الثانية.

وكذلك ميَّز المالكية بين حالتي هدم البناء وقلع الشجر. فمن غصب أرضاً فبنى فيها، فصاحبها بالخيار بين هدم البنيان وإزالته ويأخذ الغاصب أنقاضه، وبين تركه على أن يعطي الغاصب قيمة أنقاض البناء من خشب وقرميد وغير ذلك، تقوَّم منقوضة بعد طرح أجرة القلع. وهذا موافق لمذهب الحنفية تماماً.

ومن غصب أرضاً، فغرس فيها أشجاراً لا يؤمر بقلعها خلافاً للحنفية، وللمغصوب منه أن يعطيه قيمتها بعد طرح أجرة القلع كالبنيان. أما إن غصب أشجاراً فغرسها في أرضه، فيؤمر بقلعها[٢].

٣- **مذهب الشافعية**: إذا نقص المغصوب نقصاناً مستقراً تنقص به القيمة، وجب رده إلى صاحبه وضمان أرش (أي تعويض) النقص، سواء أكان باستعمال الغاصب كأن بلي الثوب بلبسه أو ذبح الشاة أو كسر الإناء أو طحن الحنطة، أم بغير استعماله كطروء عماء على الحيوان ونحو ذلك من الأمراض[٣].

٤- **مذهب الحنابلة**: مذهب الحنابلة كالشافعية تماماً: يجب رد المغصوب إلى صاحبه وضمان أرش النقصان، أي مقدار نقص القيمة إذا كان نقصاً مستمراً كثوب تخرق وإناء تكسر، وحب سوس، وبناء خرب ونحو ذلك، لأنه نقص حصل في يد الغاصب، فوجب ضمانه[٤].

خامساً - الأوصاف:

الأوصاف المضمونة في المغصوب إما بسبب هبوط الأسعار أو فوات وصف مرغوب فيه:

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣١٢، القوانين الفقهية: ص٣٣١، الفروق: ٤/ ٣٢.
(٢) القوانين الفقهية، المكان السابق.
(٣) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٦، المهذب: ١/ ٣٦٩.
(٤) المغني: ٥/ ٢٢٨، ٢٤١.

أ- فإن كان نقص الأوصاف بسبب هبوط الأسعار في الأسواق: فليس على الغاصب أو المعتدي ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار، وإنما للمالك أخذ عين المغصوب دون أن يرجع بشيء على الغاصب؛ لأن هذا النقص حدث بسبب فتور الرغبات بالشيء لأسباب اقتصادية وفقاً لقانون العرض والطلب غالباً، لا لفوات جزء من العين. وهذا هو قول جمهور الفقهاء الذي أخذت به المجلة[١].

وقال الشافعية: إذا نقصت القيمة بسبب تغير الأسعار، يلزم الغاصب بضمان النقصان، كأن كان سعر الشيء عشرة، فصار سبعة، فيلزمه أرش النقص الحادث جبراً له[٢].

ب- وأما النقص الطارئ بسبب فوات وصف مرغوب فيه: فهو مضمون باتفاق الفقهاء، مثل حدوث الصمم والعمى والشلل والمرض والعرج والهزال في الحيوان، ونسيان الحرفة وتعطل الآلة وظهور خلل فيها وتعفن الحنطة، وصب الماء في الخل، وتمزيق أرقام الأوراق النقدية، ونحو ذلك. فعلى الغاصب ضمان مقدار النقص الحاصل بقيمة أمثاله جبراً للضرر[٣]. قال ابن عبد السلام: وأما صفات الأموال فليست من ذوات الأمثال، والطريق إلى جبرها إذا فاتت بسبب مضمن، أو فاتت تحت الأيدي الضامنة: أن تقوَّم العين على أوصاف كمالها، ثم تقوم على أوصاف نقصانها، فيجبر التفاوت بين الصفتين بما بين القيمتين، مثل إن غصب شابة حسنة، فصارت عنده عجوزاً شوهاء، فيجبر ما فات من صفة شبابها ونضارتها بما بين قيمتها، وكذلك لو عيب شيئاً من الأموال فإنه يجبره بما بين قيمته سليماً ومعيباً، وكذلك لو هدم داراً فإنه يجبر بتأليفها بما بين قيمتها في حالتي البناء والانهدام، لأن تأليفها ليس من ذوات الأمثال[٤].

(١) البدائع: ٧/ ١٥٥، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٧١، اللباب شرح الكتاب: ٢/ ١٩٠، المجلة م٩٠٠، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٤٣، المغني: ٥/ ٢٤١، مجمع الضمانات: ص١٣٣.
(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٩ وما بعدها.
(٣) البدائع، المكان السابق وما بعده، مجمع الضمانات، المكان السابق، الشرح الكبير: ٣/ ٤٥١، المغني، المكان السابق، مغني المحتاج: ٢/ ٢٨٦، قواعد الأحكام: ١/ ١٥٣.
(٤) قواعد الأحكام، المكان السابق.

أما إذا حدث نقصان وصف في المبيع قبل القبض (وهو ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون).

أ- فإن كان النقصان بآفة سماوية فلا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن، ولكن يكون المشتري بالخيار: إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن. وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

ب- وإن كان النقصان بفعل البائع، فيبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري ما يقابله من الثمن؛ لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها، والمشتري بالخيار في الباقي بأن يأخذه بحصته من الثمن[1].

مقارنة:

إن ضمان الأعيان والمنافع والزوائد والنواقص والأوصاف باعتبارها محلاً للضمان يقابله عند القانونيين كلمة «الضرر» أحد أركان المسؤولية المدنية، والضرر كما أشرنا سابقاً قد يكون مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله، وقد يكون الضرر أدبياً يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه. ويشترط في الضرر المادي قانوناً أن يكون ناشئاً من الإخلال بمصلحة مشروعة، وأن يكون محققاً. فإذا كان المضرور يشكو من الإخلال بمصلحة لا يحميها القانون لمخالفتها للقانون فلا محل للتعويض، وإذا لم يثبت المضرور تحقق الضرر فلا محل للتعويض أيضاً.

وهذا في الجملة مما يقره الإسلام مع ملاحظة أن الشرع الإسلامي هو الأساس في تقدير كون المصلحة مشروعة أم لا، وكون الشيء المضمون متقوماً شرعاً فيضمن، وغير متقوم شرعاً فلا يضمن.

(١) حاشية ابن عابدين: ٤/ ٤٤، البدائع: ٥/ ٢٤١.

المبحث الثاني : أقسام الضمان وأنواعه

ينقسم الضمان إلى قسمين أساسيين هما: ضمان النفس وهو الدية في القتل الخطأ، أو في القتل العمد إذا حدث عفو أو صلح عن القصاص، وضمان المال: وهو التعويض المالي عن الضرر اللاحق بالغير.

وضمان المال يكون بقدر الضرر أو التعدي الحاصل، فينقسم إلى نوعين: ضمان كامل وضمان جزئي.

وينقسم أيضاً بحسب تقديره شرعاً إلى نوعين: مضبوط وغير مضبوط كما أنه ينقسم بحسب استقراره على الضامن أو عدم استقراره إلى مستقر ومتحول.

أولاً - تقسيم ضمان المال باعتبار مقداره:

ينقسم الضمان إلى نوعين: ضمان كلي وضمان جزئي.

فالضمان الكلي: هو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان التلف كلياً، أو جزئياً فاحشاً شبيهاً بالتلف التام. وقد رأينا في بحث النقصان في المغصوبات أنه إذا كان النقصان كبيراً في قيمة الشيء، فللمالك الخيار بين أن يطلب قيمة النقصان فقط، أو أن يترك الشيء للغاصب ويضمنه جميع قيمته.

ونصت المجلة على ذلك[١]، وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية[٢].

وأما في حالة التلف الفاحش أو الجناية على الشيء من دون غصب، فكذلك يرى الحنفية والمالكية أن صاحب الشيء مخير بين أن يسلم الشيء للجاني، ويأخذ منه قيمته، أو أن يأخذ قيمة الناقصة فقط[٣].

(١) جاء في المادة ٩٠٠ من المجلة «إن كان النقصان فاحشاً (أعني إن كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو أزيد) فالمغصوب منه بالخيار: إن شاء ضمنه نقصان القيمة، وإن شاء تركه للغاصب، وأخذ منه تمام قيمته».

(٢) الإتلاف الفاحش عند المالكية: هو ما يبطل الغرض المقصود من الشيء.. والإتلاف اليسير: هو ما يبطل يسيراً من المنفعة (بداية المجتهد: ٢/ ٣١٣).

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٣١٣.

ومن أمثلته: «لو أتلف رجل مصراعي باب، أو أحد زوجي خف أو مكعب، كان للمالك أن يسلم إليه الآخر، ويضمنه قيمتها».

«لو قطع رجل أغصان شجرة: إن كان النقصان فاحشاً، يضمن قيمة الشجرة وإلا فالنقصان».

وقد يضمن النقصان فقط عند الحنفية، مثاله «من حفر حفيرة في أرض غيره فأضر بالأرض، يلزمه النقصان» «من هدم حائط دار يضمن النقصان»[(١)].

وقال الشافعي وأحمد: يضمن الجاني في النقصان ما نقص يوم الجناية[(٢)].

متى يعدّ الشيء هالكاً هلاكاً تاماً؟ الهلاك الذي يوجب الضمان الكلي إما أن يكون حقيقياً بإتلاف الشيء وزواله صورة ومعنى كأكل الطعام المغصوب وموت الدابة المغصوبة. وإما أن يكون حكمياً وذلك في ثلاث حالات[(٣)]:

١- إذا زال اسم الشيء وأعظم منافعه، مثل خرق الثوب خرقاً فاحشاً؛ لأن الخرق الفاحش يفوت على المالك بعض الشيء المتلف وجنس منفعته. وهذا يعد استهلاكاً موجباً للضمان. ومثله تخريب آليات السيارة.

٢- إذا تعذر رد الشيء إلى المالك، والتعذر إما لاستحالة فصل الشيء عن غيره كالصباغ من الثوب، وإما ألا يكون في فصله استحالة ولكن فيه ضرر كبير بالمتعدي، ودفع الضرر واجب كبناء الدار بأحجار مغصوبة مثلاً.

٣- حين اختلاط الشيء بغيره اختلاط ممازجة، بحيث لا يمكن التمييز بين المخلوطين بالقسمة، كخلط دقيق الحنطة بدقيق الشعير، أو كان مما يمكن التمييز بينهما عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، مثل خلط الحنطة بالحنطة من نوعين مختلفين.

---

(١) راجع جامع الفصولين: ٢ص ١٣٠، مجمع الضمانات: ص١٤٦ وما بعدها، النظرية العامة للموجبات للدكتور المحمصاني: ١/ ٢١٦..

(٢) بداية المجتهد، المكان السابق، والمراجع السابقة في مذهبي الشافعية والحنبلية في ضمان النواقص.

(٣) المبسوط للسرخسي: ١١/ ٩٤، الهداية: ٤/ ١١، الفتاوى الهندية: ٥/ ١٤٧.

و أما خلط المجاورة: فإن كان يمكن التمييز بين الخليطين من دون كلفة ولا مشقة، فلا ضمان، وإن كان لا يمكن التمييز كخلط الحنطة بالشعير، فيجب الضمان لاعتبار ذلك هلاكاً.

وأما **الضمان الجزئي**: فهو الالتزام بدفع قيمة النقصان اليسير في المغصوب أو في الإتلاف الجزئي، وذلك بأن يقوَّم الشيء صحيحاً من كل شيء، ويقوَّم مجنياً عليه، ويعطى المالك ما بين القيمتين ، وهذا باتفاق الفقهاء[١]؛ لأن القاعدة المقررة تقول: «ما ضمن كله ضمن جزؤه بالأرش»[٢]. وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة ٩١٧ السابق ذكرها.

والنقصان الموجب للضمان الجزئي: هو كل عارض يطرأ على العين في يد الغاصب فيوجب نقصان قيمتها، كأن يتلف جزء من العين، أو تزول صفة مرغوب فيها دون أن يؤدي إلى زوال منفعتها تماماً؛ لأنه إذا زالت المنفعة كان ذلك هلاكاً لا نقصاناً.

وفي العرية يجب ضمان ما تلف من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال؛ لأن ما ضمن جملة ضمنت أجزاؤه كما ذكرنا. وأما ما يذهب بالاستعمال كما في حال استعمال المنشفة والقطيفة، ففيه رأيان عند الحنفية: قيل: يضمن، الأرجح أنه لا يضمن للإذن بالاستعمال.

أنواع النقصان: النقصان الذي يلحق الشيء إما أن يكون بتغير السعر، أو بزوال جزء من المغصوب مثلاً، أو بفوات صفة مرغوبة عند المالك.

١- فإن كان النقصان بتغير السعر: لم يكن مضموناً عند جمهور الفقهاء؛ لأن نقصان السعر فتور يحدثه الله تعالى في قلوب الناس، ولا يد للإنسان فيه -على حد تعبير فقهائنا- فلا يكون مضموناً إلا إذا كان تغير السعر نتيجة نقل الشيء من بلد لآخر إذا كان الشيء من عروض التجارة، لا من النقود لأن النقد ثمن الأشياء، والثمنية لا تختلف باختلاف الأماكن.

---

(١) بداية المجتهد، المكان السابق.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٧.

٢- وإن كان النقصان لفوات جزء من الشيء أو فوات صفة مرغوبة أو معنى مرغوب فيه، فيضمن إذا كان من الأموال لا يجري الربا فيها أي غير المكيل والموزون عند الحنفية. وإن كان من الأموال الربوية كالحنطة والقطن ونحوهما من كل مكيل أو موزون، فلا ضمان بفوات صفة مرغوبة لأن الجودة غير متقومة في الربا(١). وقد سبقت الإشارة إلى ذلك مفصلاً في ضمان النواقص.

ثانياً- تقسيم ضمان المال باعتبار تقديره شرعاً:

ينقسم ضمان المال بحسب تقديره شرعاً إلى مضبوط وغير مضبوط(٢).

فالنوع المضبوط: هو ما حدد الشرع بإتلافه مقداراً معيناً من الأموال، إما لحق الله تعالى أي رعاية لمصلحة عامة، أو لحق شخص معين، مثال الأول: إتلاف الصيد البري في حرم مكة(٣) أو في أثناء الإحرام بالحج والعمرة: قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ(٤) يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٥/ ٩٥]، وقال سبحانه: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ ۖ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا ۗ﴾ [المائدة: ٥/ ٩٦].

ومثال الثاني ضمان الأموال المثليات؛ لأنه محدد شرعاً بالمثل: «إناء بإناء وطعام بطعام» كما نص عليه الحديث السابق ذكره.

ومن هذا النوع: مقابلة الجاني بنقيض قصده من الحرمان من الإرث أو الوصية، كعقوبة القاتل لمورِّثه بحرمانه من الميراث، وعقوبة الموصى له القاتل للموصي ببطلان وصيته وحرمانه منها عند الجمهور غير الشافعية.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي: ٥/ ٢٢٩، البدائع: ٧/ ١٥٥
(٢) أعلام الموقعين: ٢/ ٩٨.
(٣) حرم مكة له حدود شرعية معينة ومساحة مقررة: فحده من طريق المدينة شمالاً ثلاثة أميال، ومن طريق اليمن والطائف والعراق أي جنوباً وشمالاً شرقياً سبعة أميال، ومن طريق جدة غرباً تسعة أميال، ومن طريق وادي عرنة شرقاً أحد عشر ميلاً (راجع شرح الأشباه للحموي: ٢/ ٢٢٧).
(٤) النَّعَم: الإبل والبقر والغنم.

ومنه عقوبة الزوجة الناشزة بسقوط نفقتها وكسوتها.

وأما النوع الثاني غير المضبوط: فهو التعويض غير المقدر شرعاً، وإنما فوِّض لاجتهاد الأئمة والقضاة بحسب المصالح، وهو كل ما لم تأتِ به الشريعة بقاعدة عامة، وقد لا يزاد فيه ولا ينقص، وهذا الذي اختلف فيه العلماء وهو التغريم المالي أو التعزير المالي وقد سبق الكلام عليه. ومن هذا النوع ما يسمى بحكومة العدل أي التعويض الذي يقدره الخبراء في حالة الجراح التي ليس لها أرش (تعويض مقدر فيه الشرع).

وقد رجحنا مشروعية التغريم المالي، قال ابن القيم[1]: والصواب أنه يختلف باختلاف المصالح، ويرجع فيه إلى اجتهاد الأئمة في كل زمان ومكان بحسب المصلحة؛ إذ لا دليل على النسخ (أي إبطال حكمه ومشروعيته)، وقد فعله الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم من الأئمة.

من أمثلته: مضاعفة الغرامة على سارق الثمار المعلقة، وعلى كاتم الضالة الملتقطة (أي البهيمة الضائعة) وأخذ شطر مال مانع الزكاة.

ومن هذا النوع كل ما فوض به القاضي من إصدار الحكم بالتعويض المالي على الأضرار الأدبية، أو المادية حسب تقديره إذا لم يكن هناك مقدار محدد شرعاً. ومن ذلك في اصطلاح القانونيين **تعويض الضرر الاحتمالي**: وهو الضرر المستقبل غير المؤكد الوقوع، إلا أنه قانوناً وشرعاً لا يحكم به بتعويض إلا إذا وقع فعلاً. ومنه ما يسمى عند القانونيين أيضاً **تعويض تفويت الفرصة**: وهو مبلغ معين يحكم به كتعويض للمتضرر عن مجرد فوات الفرصة. وهذا إن جاز قانوناً، فلم نجد أحداً من الفقهاء الشرعيين يقول به، كأن يحكم قانوناً بتعويض لورثة قتيل موصى له بمبلغ من المال، فعند فقهائنا لا نرى إلا القول ببطلان الوصية في هذه الحالة؛ لأن الوصية لا تستحق ولا تملك إلا بعد موت الموصي.

---

(١) أعلام الموقعين: ٢/ ٩٨.

ثالثاً - تقسيم ضمان المال باعتبار استقراره وتحوله:

ينقسم ضمان المال إلى مستقر ومتحول:

فالضمان المستقر: هو أن يلتزم الشخص التعويض عن فعل نفسه دون أن يكون له الحق في الرجوع بما يدفعه على أحد، كضمان المتلفات، وضمان الغاصب هلاك الشيء المغصوب، وضمان الأجير المشترك[١] ما يهلك في يده على الراجح عند المالكية والصاحبين ومتأخري الحنفية، ولو بغير تعدٍّ أو تقصير منه، إلا إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة كحريق عام أو غرق عام ونحو ذلك. ويضمن الأجير المشترك بإيداع ما تحت يده عند غيره، قال الحنفية: ولو أودع الدلال ضمن[٢].

والضمان المتحول: هو الذي من شأنه أن يعطي للضامن الذي دفع الضمان حقاً في الرجوع بما ضمنه على شخص آخر، علماً بأن الأصل العام أن يسأل كل شخص عن فعل نفسه، وهذا هو المبدأ المقرر في الإسلام - مبدأ المسؤولية الفردية أو الشخصية: «ولا تزر وازرة وزر أخرى» إلا أنه يستثنى من هذا المبدأ حالة وجود التعدي، سواء أكان الفعل تعدياً بنفسه وطبيعته كما في الغصب، أم بسبب صدور تصرف عدواني من الشخص كإعارة الشيء المستعار إلى آخر، أم بسبب إهمال أو تقصير أو تهاون بالمحافظة على أمتعة الناس كالأجير العام أو المشترك.

وعلى هذا فإن الضمان المتحول يتضح بالأمثلة الآتية:

غاصب الغاصب، وإتلاف المغصوب، وديع الوديع، المستعير من المستعير، أو من المستأجر، المستأجر من المستأجر أو من المستعير، مضارب المضارب، وكيل الوكيل، المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع، ونحو ذلك[٣].

---

(١) الأجير المشترك: هو الذي يعمل لعامة الناس أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالصانع والصباغ والخباز والنجار ونحوهم.

(٢) رد المحتار على الدار المختار: ٤/٥٢٦.

(٣) يلاحظ أن يد الغاصب والمشتري يد ضمان، وأما يد الوديع والمستعير والمستأجر والوكيل والمضارب فهي يد أمانة كما سيأتي بيانه.

١- غاصب الغاصب وهلاك المغصوب أو إتلافه:

إذا غصب شخص من آخر شيئاً، فجاء إنسان وغصبه منه، فهلك في يده، أو أتلفه، فالملك بالخيار: إن شاء ضمَّن الغاصب الأول لوجود فعل الغصب منه: وهو إزالة يد المالك عنه، وإن شاء ضمَّن الغاصب الثاني أو المتلف، سواء علم بالغصب أم لم يعلم، لإزالة يد الغاصب الأول الذي هو بحكم المالك في أنه يحفظ ماله، ويتمكن من رده عليه أي على المالك، ولأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل غير مسقط للضمان؛ أو لإتلافه الشيء.

فإن اختار المالك تضمين الأول، رجع هذا بالضمان على الثاني؛ لأنه بدفعه قيمة الضمان، ملك الشيء المضمون (أي المغصوب) من وقت غصبه، فكان الثاني غاصباً لملك الأول. وإن اختار تضمين الثاني أو المتلف، لا يرجع هذا الضمان على أحد، ويستقر الضمان في ذمته، لأنه ضمن فعل نفسه: وهو إزالة يد المالك أو استهلاكه وإتلافه[١]. وهذا هو ما نصت عليه المجلة[٢] فالضمان يستقر على الغاصب الثاني.

وللمالك أن يأخذ بعض الضمان من شخص، وبعضه الآخر من الشخص الآخر.

إلا أن الحنفية استثنوا من مبدأ تخيير المالك في هذه الحالة: الموقوف المغصوب، إذا غصب وكان الغاصب الثاني أملأ من الأول، فإن متولي الوقف يضمن الثاني وحده.

---

(١) البدائع: ٧/ ١٤٤، ١٤٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٦ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٢٦ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٩، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٥٢.

(٢) نصت المادة ٩١٠ على ما يأتي: «غاصب الغاصب في حكم عين الغاصب بناء عليه: إذا غَصَبَ من الغاصب المال المغصوب شخص آخر، وأتلفه، أو تلف في يده، فالمغصوب منه مخير: إن شاء ضمنه الغاصب الأول، وإن شاء الثاني، وله أن يضمن مقداراً منه الأول، والمقدار الآخر الثاني، وبتقدير تضمينه الغاصب الأول فهو يرجع إلى الثاني، وأما إذا ضمنه الثاني فليس للثاني أن يرجع إلى الأول».

والراجح عند الحنفية أن المالك متى اختار تضمين أحدهما (أي رفع الدعوى على الغاصب أو غاصب الغاصب) يبرأ الآخر من الضمان بمجرد الاختيار، فلو أراد تضمينه بعدئذ، لم يكن له ذلك.

وإذا رد غاصب الغاصب الشيء المغصوب إلى الغاصب الأول، برئ من الضمان، كما لو دفع له قيمته إذا هلك في يده، وإذا رده إلى المغصوب منه برئ الاثنان. وقد نصت المادة (٩١١) من المجلة على هذا فقالت: «إذا رد الغاصب المال المغصوب إلى الغاصب الأول، يبرأ وحده وإذا رده إلى المغصوب منه، يبرأ هو والأول».

وكذلك وديع الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب برئ من الضمان[1].

٢- وديع الوديع:

إذا أخرج الوديع الوديعة من يده وأودعها عند غيره بغير عذر، يصير ضامناً، لأن المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول دون حفظ غيره، إلَّا إذا كان هناك عذر، فلا يضمن، كأن وقع حريق في داره، أو كان في سفينة فخاف الغرق؛ فدفعها إلى غيره لأن الدفع إليه في هذه الحالة تعين طريقاً لحفظ الوديعة، فكان الدفع على هذا النحو مشروعاً بإذن المالك دلالة أو ضمناً.

وإذا أودعها الوديع عند شخص آخر بغير عذر، فهلكت أو ضاعت وهي في يد الثاني، فالضمان يجب ويستقر على الوديع الأول، لا على الوديع الثاني عند أبي حنيفة[2]، لأن الثاني محسن إلى المالك بصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك، والله سبحانه يقول: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾ [التوبة: ٩/ ٩١].

وقال الصاحبان: المالك بالخيار: إن شاء ضمَّن الأول؛ لأنه دفع مال غيره إلى آخر بغير إذنه، وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال الغير بغير إذنه، فإن ضمن الأول، لا يرجع بالضمان على الثاني، لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول، لأن الأول غرّه بالإيداع، فيلزمه ضمان الغرور.

---

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٧٧.

(٢) ومثله الحنابلة (راجع القواعد لابن رجب: ص٢١٧).

وإذا استهلك الوديع الثاني الوديعة، فالمالك بالخيار: إن شاء ضمن الأول، وإن شاء الثاني باتفاق الحنفية، غير أنه إن ضمن الأول يرجع الأول بالضمان على الثاني، وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول؛ لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك، ولم يوجد من الأول إلا الدفع إلى الثاني لاستحفاظ الوديعة[١]. وعلى هذا فإن **وديع الوديع لا يضمن ما لم يتصرف في الوديعة بغير إذن مالكها**[٢].

٣- المستعير من المستعير أو من المستأجر:

يجوز استعارة الشيء من المستعير أو المستأجر عند الحنفية والمالكية، وتكون يد المستعير الثاني يد أمانة، فإذا هلك الشيء في يده دون تعد أو تقصير، فلا ضمان على أحد، وإن حصل منه تعد أو تقصير، ضمن، ويستقر الضمان عليه، إلا أنهم قالوا: إذا منع المالك المستعير من الإعارة، فلا يجوز له أن يعير، أي ويكون ضامناً للمستعار إذا هلك.

وقال الشافعية والحنابلة، والكرخي من الحنفية: لا يجوز للمستعير أن يعير العارية لغيره؛ لأن عقد الإعارة يفيد إباحة المنفعة فقط، لا تملكها كما يقول الفريق الأول. وعلى هذا لو أعار المستعير العارية يكون ضامناً للعين كالمستعير الثاني، وللمالك أن يطالب من شاء منهما، فإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع على الأول، رجع الأول على الثاني، وإن رجع على الثاني لم يرجع على أحد، إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال[٣].

---

(١) البدائع: ٢٠٨/٦، المبسوط: ١٢٥/١١، ١٣٢، تكملة فتح التقدير: ٩١/٧، رد المحتار والدر المختار: ٥١٦/٤.

(٢) القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٨٠.

(٣) البدائع: ٢١٧/٦، الشرح الكبير للدردير: ٤٣٣/٣، مغني المحتاج ٢٦٤/٢، المهذب: ٣٦٤/١، المغني: ٢٠٩/٥، القواعد لابن رجب: ص٢١٧.

٤- المستأجر من المستأجر أو من المستعير:

المستأجر من المستأجر كالمستعير من المستعير، لا ضمان عليهما ما لم يحصل من أحدهما تعدٍّ أو تقصير، وإلا فإن الضمان يستقر على المتعدي أو المقصر. وأما المستأجر من المستعير فإنه يكون ضامناً لهلاك الشيء مطلقاً؛ إذ لا يجوز باتفاق الفقهاء إجارة العين المعارة، لأن الإجارة عقد لازم، والعارية عقد تبرع غير لازم، فلا يملك به ما هو لازم. والمالك بالخيار: إن شاء ضمَّن المستأجر؛ لأنه قبض مال الغير بغير إذنه كالمشتري من الغاصب، وإن شاء ضمن المستعير المؤجر للعارية، لأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه، فصار غاصباً.

فإن ضمَّن المستعير، لا يرجع بالضمان على المستأجر، لأن المستعير بأدائه قيمة الضمان، ملك العارية، مما يكشف لنا أنه كان قد آجر ملك نفسه.

وإن ضمن المستأجر: فإن كان عالماً بكون الشيء عارية في يد المستعير، لا يرجع على المستعير بشيء؛ إذ لا تغرير له بالإيجار، وإن لم يكن عالماً بكونه عارية، يرجع على المستعير بغرامة الضمان، لأنه كان مغرراً به من جهة المستعير، فيرجع عليه بضمان الغرر(١).

فالضمان يستقر إما على المستأجر من المستعير إذا علم بكونه عارية، وإما على المستعير.

٥- مضارب المضارب(٢):

إذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة، دون أن يأذن له رب المال، فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني؛ لأن فعله إيداع، ولا بتصرف المضارب الثاني فيه حتى يربح: لأن تصرفه إبضاع (تكليف شراء السلعة تبرعاً)، فإذا ربح فقد أثبت للأول شركة في المال، فيضمن الأول

(١) البدائع: ٦ ص ٢١٥،، القواعد: المكان السابق، المغني: ٥ ص ٢١٠.
(٢) المضاربة: هي شركة بمال من شخص، وعمل من شخص آخر، أو هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطا.

لرب المال، كما لو خلط المال بغيره. ولو هلك المال في يد المضارب الثاني قبل أن يعمل، يهلك هلاك الأمانات. فإذا ربح الثاني ضمن المضارب الأول المال لرب المال، وهذا قول أبي حنيفة. وقال زفر: يضمن المضارب الأول بمجرد دفع المال إلى المضارب الثاني، سواء عمل الثاني أم لم يعمل، فإذا هلك المال قبل أن يعمل، وجب الضمان على الأول.

وقال الصاحبان وقولهما الراجح عند الحنفية: إذا عمل المضارب الثاني ضمن الأول المال، ربح أم لم يربح؛ لأن المضارب الثاني لما عمل، فقد تصرف في المال بغير إذن المالك، فيتعين به الضمان، سواء ربح أم لم يربح. وحينئذ إذا عمل المضارب الثاني يخير رب المال: إن شاء ضمن الأول رأس ماله، وإن شاء ضمن الثاني؛ لأن الأول تعدى بدفع المال إلى الثاني، والثاني تعدى بالقبض، مثل حالة وديع الوديع السابق ذكرها، فإن ضمن الأول استقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني رجع بالضمان على الأول، لتغريره إياه[١].

وهذا موافق لرأي المالكية والشافعية والحنابلة: وهو أن الضمان يستقر في النتيجة إذا هلك المال دون تعد على المضارب الأول إذا لم يعلم الثاني بالحال: وهو أن المال لغير المضارب الأول[٢].

٦- وكيل الوكيل:

ليس للوكيل أن يوكل غيره من دون إذن موكله؛ لأن الوكالة ملحوظ فيها شخص الوكيل بذاته لاعتبارات تتعلق بالرأي والخبرة والأمانة ونحو ذلك.

والوكيل أمين فيما وكّل فيه، فلا يضمن إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط. فإذا وكّل غيره يكون ضامناً كالمضارب الذي يضارب من دون إذن رب المال[٣]،

---

(١) المبسوط: ٢٢/٩٨، تبيين الحقائق: ٥/٦٣، البدائع: ٦/٩٦، تكملة فتح القدير: ٧/٧٠ وما بعدها، الدر المختار: ٤/٥٠٩.

(٢) الخرشي: ٥/٢٤٧، مغني المحتاج: ٢/٣١٤، المغني: ٥/٤٣ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٢١٧، القوانين الفقهية: ص٢٨٣.

(٣) القواعد، المكان السابق، البدائع: ٦/٢٨.

ويستقر الضمان عليه كما عرفنا في مضارب المضارب، فالضمان يستقر على الوكيل الأول، وعلى المضارب الأول.

٧- المشتري من الوكيل:

قال الحنابلة: إذا اشترى شخص شيئاً من الوكيل المخالف أمر الموكل مخالفة يفسد بها البيع[١]، ثم تلف المبيع في يده، فللموكل تضمين قيمة التالف للوكيل أو للمشتري، ثم إن ضمن الموكل الوكيل رجع على المشتري بالقيمة لتلف الشيء في يده، فيستقر الضمان عليه، وإن أخذ الموكل القيمة من المشتري، لم يرجع على أحد[٢]. وبه يظهر أن الضمان يستقر على المشتري.

المبحث الثالث : عقود الضمان

تنقسم العقود بالنسبة إلى الضمان وعدمه إلى ثلاثة أنواع:
عقود ضمان، وعقود أمانة، وعقود مزدوجة الأثر تنشئ الضمان والأمانة معاً. وسنبحث تباعاً هذه الأصناف الثلاثة، ونتكلم على كل عقد على حدة. ويمكن التمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة على أساس فكرة المعاوضة، فإذا كان القصد من العقد هو المعاوضة، كان العقد عقد ضمان، وإذا لم يكن القصد من العقد هو المعاوضة، فالعقد عقد أمانة[٣].

أما عقود الضمان: فهي التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف. فإذا وجد عقد من هذه العقود، وانتقل محل العقد من يد إلى يد أخرى، كان ذلك المحل مضموناً مطلقاً، سواء هلك بفعل الشخص القابض أم بفعل أجنبي، أم بآفة سماوية.

وهذه العقود هي: البيع، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وإقالة هذه العقود.

---

(١) كأن باع الشيء بثمن مؤجل وهو موكل ببيعه نقداً، وقد اعترف الوكيل والمشتري بذلك (راجع المغني: ٥/ ١٠١).
(٢) القواعد، المكان السابق، المغني، المكان السابق.
(٣) راجع المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٣٠٣/ ٥٩٢ وما بعدها، ط سابعة.

١- **البيع**: إن عقد البيع، ومنه المقايضة (أي مبادلة السلعة بالسلعة) هو أظهر مثال لعقود الضمان؛ إذ إن المقصود منه واضح وهو المعاوضة، فإذا قبض المبيع أو الثمن، انتقل الضمان، لاستيفاء أو استحقاق العوض المقابل له. ويمكن تحديد **المسؤول عن ضمان المبيع** أو المتحمل تبعة هلاكه ببحث أحوال الهلاك الثلاثة وهي الهلاك الكلي والهلاك الجزئي وهلاك النماء[١].

أ- **الهلاك الكلي**: إذا هلك المبيع كله **بعد القبض**[٢] (أي قبض المشتري له) فإما أن يكون الضمان على المشتري وإمّا على البائع:

أولاً- إن كان تلف المبيع بآفة سماوية (أي قوة قاهرة) أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع نفسه كحيوان قتل نفسه، أو بفعل شخص أجنبي (غير البائع والمشتري) فلا ينفسخ البيع، ويكون هلاكه على ضمان المشتري؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري، فتقرر الثمن عليه، ويرجع بالضمان على الأجنبي حال كون الاعتداء منه.

ثانياً- إذا هلك المبيع بفعل البائع فينظر في حالتين:

١- إذا كان المشتري قد قبض المبيع بإذن البائع، أو من دون إذنه، لكنه سلم الثمن، أو كان الثمن مؤجلاً، فيكون هلاكه بسبب البائع موجباً للضمان عليه.

٢- أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع من دون إذن البائع، والثمن واجب الأداء حالاً، فيصير البائع باعتدائه مسترداً للمبيع، ويكون ضامناً لهلاكه، ويجب فسخ البيع وسقوط الثمن.

وإذا هلك المبيع كله **قبل القبض** (أي قبل تسليم المبيع للمشتري) فحكم ضمانه كالآتي:

أولاً- إذا هلك بآفة سماوية، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل البائع، فينفسخ عقد البيع، ويسقط الثمن عن المشتري، ويكون ضمان المبيع على البائع.

---

(١) راجع التفصيل في البدائع: ٥/ ٢٣٨ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٤٤، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص٩٢، نظرية تحمل التبعة للدكتور زكي عبد البر: ص٩٣ وما بعدها.

(٢) من المعروف أن القبض أو التسليم يتم بالتخلية في العقارات كالأراضي والأبنية والأشجار، وبالنقل في المنقول، وبالكيل في المكيل، وبالوزن في الموزون.

ثانياً- إذا هلك بفعل المشتري، لا يفسخ البيع، وعليه الثمن.

ثالثاً- إذا هلك بفعل أجنبي (أي غير البائع والمشتري)، لا ينفسخ البيع، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه، ودفع الثمن، وطالب الأجنبي بالضمان.

وقد نصت المجلة في المادتين ٢٩٣، ٢٩٤ على حكم الهلاك الكلي: «المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري» «إذا هلك المبيع بعد القبض، هلك من مال المشتري، ولا شيء على البائع».

والخلاصة أن تلف المبيع قبل القبض على حساب البائع أو في ضمانه وينفسخ العقد، وإن إتلاف المشتري قبض، وإتلاف الأجنبي لا يوجب الانفساخ، لكن للمشتري الخيار.

ب- الهلاك الجزئي: يكون ضمان الهلاك الجزئي كضمان الهلاك الكلي من حيث المسؤول عنه، أي إنه إذا كان الهلاك قبل التسليم، كان البائع هو الضامن بمعنى انفساخ البيع في الجزء التالف وسقوط ما يقابله من الثمن عن المشتري، وإذا كان الهلاك بعد التسليم، كان المشتري هو الضامن بمعنى بقائه ملزماً بالثمن. وتفصيل ذلك يعرف مما يأتي:

إذا هلك بعض المبيع بعد القبض:

أولاً- إن كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل المشتري، أو بفعل المبيع نفسه، أو بفعل أجنبي، فالضمان على المشتري.

ثانياً- وإن كان بفعل البائع ينظر:

إن كان القبض بإذنه (أي البائع) أو كان الثمن مدفوعاً فعلاً له، أو مؤجلاً، فالضمان عليه أي على البائع.

وإن كان القبض بغير إذنه، والثمن واجب الوفاء حالاً، ينفسخ البيع في قدر الشيء التالف، ويسقط عن المشتري حصته من الثمن أي إن البائع هو الذي يتحمل التبعة.

وإذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر:

أولاً- إن كان الهلاك بآفة سماوية:

١- فإن كان نقصان المبيع نقصان قدر بأن كان الشيء مكيلاً كالحنطة، أو موزوناً كالقطن، أو معدوداً، كالجوز والبيض، فهلك بعضه: ينفسخ العقد بقدر الهالك، وتسقط حصته من الثمن عن المشتري. ثم يكون المشتري بالخيار في القسم الباقي لتفرق الصفقة عليه (أي تجزئتها): إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ البيع.

٢- وإن كان النقصان نقصان وصف (وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض، والجودة في المكيل والموزون) فلا ينفسخ البيع أصلاً، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن؛ لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن، ويكون المشتري بالخيار: إن شاء أخذ المبيع كما هو بجميع الثمن، وإن شاء تركه لتعيب المبيع.

ثانياً- وإن كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه، فلا ينفسخ البيع، ولا يسقط شيء من الثمن عن المشتري. والمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء فسخ العقد.

ثالثاً- وإن كان الهلاك بفعل البائع، فيبطل البيع بقدره، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن، سواء أكان النقصان نقصان قدر، أم نقصان وصف، لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند الاعتداء عليها، والمشتري بالخيار في الباقي بحصته من الثمن.

رابعاً- وإن كان الهلاك بفعل المشتري، فلا يبطل البيع، ولا يسقط عنه شيء من الثمن؛ لأنه صار قابضاً لكل المبيع بإتلافه بعضه.

جـ- هلاك النماء: النماء هو زيادة المبيع، والزيادة إما أن تحدث قبل القبض وإما بعده، وكل منهما إما زيادة متصلة وإما منفصلة. والمتصلة: إما أن تكون متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبر والسن، وإما غير متولدة كصبغ الثوب أو خياطته، وكالبناء والغرس على الأرض. والمنفصلة أيضاً: إما متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن، وإما غير متولدة كالغلة الناتجة من استثمار المباني

والعقارات. والمبدأ في الزوائد عند الحنفية: أنها تكون مبيعة تابعة للمبيع إلا الزوائد المنفصلة غير المتولدة من الأصل، وعلى هذا:

١- **قبيل القبض:** إذا أتلف البائع الزيادة، يضمنها يعني أنه تسقط حصتها من الثمن عن المشتري، كما لو أتلف جزءاً من المبيع.

وإذا هلكت الزيادة بآفة سماوية كأن هلك ثمر النخل، فلا تضمن كالأوصاف؛ أي إنه لا يسقط شيء من الثمن، لأنها وإن كانت مبيعة إلا أنها تدخل في البيع تبعاً لا مقصوداً، فهي إذن كالأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، ولا يكون للمشتري الحق بفسخ العقد.

٢- **بعد القبض:** تكون الزيادة مضمونة، فإذا قبضها المشتري يصير لها حصة من الثمن بالقبض، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض(١).

والخلاصة: أن المبيع إذا هلك كله أو بعضه قبل التسليم، فإن البائع أي المدين الذي استحال عليه الوفاء بالتزامه بالتسليم، هو الذي يتحمل تبعة الهلاك، وينفسخ البيع في حالة الهلاك الكلي، أو فيما يقابل الجزء التالف في حالة الهلاك الجزئي. وهذا وأمثاله كما سنعرف في عقدي الإجارة والشركة يدل على أن الفقه الإسلامي قد أخذ بنظرية تحمل التبعة المعروفة لدى القانونيين(٢).

ضمان المبيع المقبوض في البيع الباطل والفاسد وعلى سوم الشراء: تكلمنا على ضمان المبيع في البيع الصحيح، فإن كان البيع باطلاً أو فاسداً(٣) أو المبيع مقبوضاً على سوم الشراء، فهل يكون مضموناً أم لا؟

---

(١) البدائع: ٥/ ٢٥٦، تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/ ٨٣ وما بعدها.

(٢) انظر رسالة (نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي) للدكتور زكي عبد البر: ص١٤٤ وما بعدها.

(٣) ميز الحنفية في البيع غير الصحيح بين البيع الباطل والبيع الفاسد، فالباطل عندهم: هو ما اختل ركنه أو محله كأن يكون العاقد ليس أهلاً لإجراء العقد، أو أن يكون محل العقد ليس قابلاً له. وحكمه أنه لا يفيد الملك أصلاً، والبيع الفاسد: هو ما اختل وصف من أوصافه بعد أن يستكمل أركانه، كأن تكون فيه جهالة، وحكمه أنه يثبت فيه الملك بالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة. ولم يفرق جمهور الفقهاء بين البيع الباطل والفاسد، فكلاهما بمعنى واحد لا يفيدان الملك أصلاً.

أما **المقبوض ببيع باطل**: فاختلف فيه علماء الحنفية، فقال بعض مشايخهم كأبي النصر الطواويسي وهو راوية عن أبي حنيفة: إنه يكون أمانة في يد المشتري، فلو هلك لا يكون مضموناً إلا بالتعدي أو بالتقصير في حفظه، لأن العقد باطل، والباطل غير معتبر، والموجود إنما هو القبض بإذن المالك أي البائع، وهذا لا يوجب الضمان إلا بالتعدي أو بالتقصير. وبهذا الرأي أخذت المجلة (م/ ٣٧٠).

وقال بعض آخر كالسرخسي وهو رواية عن الصاحبين وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة: إن المبيع المقبوض ببيع باطل يكون مضموناً في يد المشتري بمثله إن كان مثلياً، وبقيمته إن كان قيمياً، لأن القصد من هذا البيع هو المعاوضة، ولأن هذا المقبوض ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء[(١)]، **والمقبوض على سوم الشراء** مضمون على قابضه باتفاق العلماء[(٢)].

والثمن المقبوض ببيع باطل: الصحيح عند الحنفية أنه مضمون، كالمقبوض بالبيع الفاسد[(٣)].

وأما **المقبوض ببيع فاسد**: فهو مضمون كالمغصوب إذا هلك بيد المشتري: بالمثل إن كان مثلياً، وبالقيمة إن كان قيمياً. وهو رأي الحنفية وسائر المذاهب الثلاثة. وتعتبر قيمة القيمي يوم القبض، لأن المبيع دخل في ضمان المشتري يومئذ. وقال محمد من الحنفية: تعتبر قيمته يوم التلف، لأنه تقرر الضمان عليه حينئذ[(٤)]. وقد أخذت المجلة بالرأي الأول وهو أنه مضمون بقيمته يوم قبضه (م/ ٣٧١).

---

(١) المقبوض على سوم الشراء كما عرفنا سابقاً: هو المأخوذ ليشترى مع الاتفاق على الثمن بلا إبرام بيع كأن يقول البائع للمشتري: اذهب بهذا المتاع، فإن رضيته اشتريته بكذا، فإذا هلك ضمن القابض قيمته. أما إذا لم يتفق على الثمن، فذهب القابض بالمتاع، فهلك عنده فلا يضمن قيمته، وهذا هو المقبوض على سوم النظر (فتح القدير وشرح العناية بهامشه: ٥/ ١٨٧، رد المحتار والدر المختار: ٤/ ٥٢).

(٢) فتح القدير، المكان السابق، جامع الفصولين: ٢/ ٧٩، مجمع الضمانات: ص٢١٥، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ١٤٦، الفروق: ٢/ ٢٠٧، تحفة الطلاب للشيخ زكريا الأنصاري: ص١٨٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٢٧٨، القواعد لابن رجب: ص٥٩.

(٣) جامع الفصولين، المكان السابق.

(٤) درر الحكام: ٢/ ١٧٤ وما بعدها، جامع الفصولين، المكان السابق، مجمع الضمانات: ص٢١٤، ٢١٦، فتح القدير: ٥/ ١٨٨.

وأما **زوائد المبيع** بيعاً فاسداً فلا تضمن بالهلاك وتضمن بالاستهلاك أي إنها تكون أمانة في يد المشتري(١).

٢- **القسمة**: هي لغة الاقتسام، وشرعاً: إفراز بعض الأنصباء عن بعض، ومبادلة بعض الحصص ببعض(٢). والقسمة التي هي عقد هي القسمة الرضائية لا القضائية. وكلامنا على القسمة يقصد به قسمة الأعيان المشتركة لا قسمة المنافع أو المهايأة، لأن الأولى هي التي يثور بشأنها مشكلة الضمان إذ إنها إفراز الملك المشترك.

ويلاحظ من تعريف القسمة أنها تتصف بوصفين: الإفراز والمبادلة والإفراز هو الأمر الظاهر في المكيلات والموزونات والذرعيات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين آحادها، حتى إنه يجوز لأحد المتقاسمين أن يأخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ومن دون إذنه، لأنه يأخذ عين حقه. والمبادلة هي الأمر الظاهر في غير المكيلات والموزونات كالدور والحيوانات والعروض التجارية للتفاوت بين أفرادها، حتى إنه لا يكون لأحد المتقاسمين أخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولا من دون إذنه؛ لأن القسمة عندئذ مبادلة، ولا بد للمبادلة من التراضي.

لكن على كل حال لا تعرى القسمة عن معنى المبادلة أو المعاوضة، لأن ما يأخذه كل شريك، بعضه كان له، وبعضه كان لصاحبه، فهو يأخذ ما يخصه بطريق الإفراز، ويأخذ الجزء الآخر عوضاً عما يبقى من حقه في حصة صاحبه، فكانت القسمة إفرازاً من جهة، ومبادلة من جهة أخرى.

وبما أن القسمة تشتمل على المعاوضة، فهي عقد ضمان، فإذا قبض كل شريك نصيبه، ثم هلك، كان ضامناً له، وليس لصاحبه تعلق به. وإذا استُحق جزء معين من أحد النصيبين كبيت من دار، فالقسمة جائزة لا تفسخ ولا تنتقض باتفاق الحنفية، ولكن يرجع المستحق عليه الذي أخذ منه البيت على صاحبه بقدر ما يخصه من الجزء المستحق، إذ تبين أنه لم يكن مملوكاً للشركاء، فيرد لصاحبه، وكذلك لا تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ومحمد إذا استُحق جزء شائع من أحد النصيبين

(١) مجمع الضمانات: ص٢١٦.
(٢) البدائع: ٢/ ١٧.

كالربع أو الثلث مثلاً، ويرجع المستحق عليه على صاحبه بحصته من الجزء المستحق[(١)].

٣- الصلح عن مال بمال: الصلح لغة: قطع النزاع، وشرعاً: عقد وضع لرفع المنازعة، ويلزم المصالح أن يدفع بدل الصلح. والصلح يتضمن معنى المعاوضة؛ لأن المصالح يتنازل عادة عن بعض حقه، لذا قال الفقهاء: كل ما صلح بدلاً في البيع، صلح بدلاً في الصلح، وما لا يصلح عوضاً في البيوع لا يصلح بدلاً في الصلح، فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم والخنزير، وعلى ألف إلى الحصاد، وعلى حيوان إلى أجل[(٢)]. فالصلح عن مال بمال يعتبر في حكم البيع، وبما أن البيع عقد ضمان، فهذا الصلح عقد ضمان أيضاً.

٤- المخارجة أو التخارج: وهو أن يتفق الورثة عن تراض على أن يخرج بعضهم عن حقه في الميراث في مقابل شيء معلوم من التركة، أو من غيرها. وهو عقد معاوضة: أحد بدليه نصيب الوارث في التركة، والبدل الآخر: المال المعلوم من التركة أو من غيرها، ويعتبر صلحاً عند الفقهاء، إلا أنه أشبه بالبيع، فهو على كل حال عقد ضمان، يترتب عليه أثره بمجرد انعقاده، فيتملك الوارث الشيء المعلوم، وتزول ملكيته عن نصيبه الشرعي من التركة، سواء علم مقدار ما يرثه من التركة أم لم يعلم[(٣)].

٥- القرض: القرض لغة: القطع. واصطلاحاً عند الفقهاء: هو عقد وارد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله[(٤)]، كالنقود والحبوب والأقطان والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض. وهو في الحقيقة يشبه البيع لأنه تمليك مال بمال[(٥)]، فيؤخذ المال

---

(١) انظر تكملة فتح القدير: ٨/ ٣، اللباب شرح الكتاب: ٤/ ٩١، البدائع: ٧/ ٢٤، ٢٦، تبيين الحقائق: ٥ ص ٢٦٤، ٢٧٤، مجمع الضمانات: ص٣٩٤.
(٢) مجمع الضمانات: ص٣٩٠، البدائع: ٦/ ٤٢.
(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٥٠٢ وما بعدها، نظام المواريث لأستاذنا عبد العظيم فياض: ص٢٢٥.
(٤) راجع الدر المختار: ٤/ ١٧٩، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٢٢٢.
(٥) البدائع: ٧/ ٢١٥.

من أجل استهلاكه في حاجيات المقترض، ثم يؤدي عوضاً عنه إلى المقرض عند حلول الأجل المتفق على تسليمه فيه، فالقصد منه إذن المعاوضة فهو عقد ضمان.

فإذا قبض المقترض المال، أصبح ضامناً له مطلقاً، سواء هلك بتعد أو تقصير منه في حفظه، أم بآفة سماوية، مثل المشتري بعد تسلمه المبيع.

والمقبوض بقرض فاسد كالمقبوض ببيع فاسد أيضاً، فإذا هلك يكون المقترض ضامناً مثله إذا كان من المثليات، وقيمته إذا كان من القيميات. جاء في فتاوى قاضي خان: رجل استقرض من رجل حيواناً ليقضي به دينه، فقبضه، وقضى به دينه، كان عليه قيمته، لأن قرض الحيوان فاسد، والقرض الفاسد مضمون بالقيمة كالمبيع بيعاً فاسداً[١].

٦- **إقالة عقود الضمان**: الإقالة لغة: الرفع، وشرعاً: رفع العقد ولو في بعض المبيع. وهي وإن كانت متفرعة عن البيع؛ لأنها أكثر ما تقع فيه، إلا أنها في الواقع تجري في جميع العقود اللازمة ما عدا عقد الزواج، فهي بتعبير أعم: عقد يرفع به عقد سابق[٢]. وإقالة عقود الضمان السابق ذكرها لها حكم هذه العقود، فإذا تم قبض أحد العوضين بعد الإقالة، كان القابض مسؤولاً عن ضمانه في جميع الحالات.

المبحث الرابع : عقود الأمانة

عقود الأمانة: هي التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد قبض المعقود عليه، وإنما بالتعدي عليه من القابض أو بالتقصير في حفظه.

وهذه العقود هي: الإيداع، والإعارة، والشركات، والوكالة والوصاية، والهبة.

١- **الإيداع**: هو تسليط الغير على حفظ ماله إما صراحة: مثل أودعتك، أو دلالة كوضع المال عند رجل حالة الحريق. ولا خلاف بين علماء المذاهب الفقهية في أن الوديعة أمانة محضة في يد الوديع، لا مضمونة، وأن الضمان لا يجب عليه

(١) جامع الفصولين: ٢/ ٨٠، مجمع الضمانات: ص٤٤٧.
(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٩٠.

إلا بالتعدي أو بالتقصير، لقوله ﷺ: «ليس على المستودَع غير المُغِلّ ضمان»[(١)] ويترتب على ذلك أنه يجب رد الوديعة عند طلب المالك لها مع الإمكان، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٤/٥٨].

وتضمن الوديعة إذا ترك الوديع حفظها، أو أودعها عند من لا يودع ماله عنده عادة، أو استعملها في حاجاته الشخصية، أو سافر بها سفراً يعرضها للمخاطر، أو جحدها أي أنكر وجودها لديه بعد طلب المودع لها، أو خلط الوديعة بغيرها من أمواله أو بوديعة أخرى بحيث لا يمكن تمييزها، أو مات مجهلاً الوديعة أي لم يبينها، أو خالف شرط المودع في كيفية حفظها[(٢)].

وعقد الإيداع يتميز عن بقية عقود الأمانة بأن موضوعه ومقصده المباشر هو الائتمان على الحفظ، أما العقود الأخرى فموضوعها ليس مجرد الائتمان، وإنما هو تابع للمقصد الأصلي منها كالانتفاع والاستعمال والتصرف ونحو ذلك[(٣)].

٢- **الإعارة**: هو عقد يفيد تمليك المنفعة بغير عوض. وهذا مذهب الحنفية والمالكية. وقد اختلف أئمة المذاهب في حال يد المستعير هل هي يد أمانة أم يد ضمان؟

فقال **الحنفية**: إن المستعار أمانة في يد المستعير في حال الاستعمال وفي غير حال الاستعمال، فلا يضمن على كل حال إلا بتعد أو تقصير، لأنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، إذ إنه يقوم بحفظ مال الغير، وهذا إحسان في حق

---

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان» والمغل: الخائن. قال الحافظ بن حجر: وفي إسناده ضعيفان.

(٢) راجع المبسوط: ١١/ ١١٠، ١٢٢ وما بعدها، البدائع: ٦/ ٢٠٨ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/ ٩١ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٥١٦ وما بعدها، درر الحكام ٢/ ٢٤٥ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص٣٧٤، بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٥، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٤٢٠ وما بعدها، مغني المحتاج: ٣/ ٨٢-٩٠، المهذب: ١/ ٣٥٩-٣٦١، المغني: ٥/ ٣٨٢ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٥٩.

(٣) انظر المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٢٧٥.

المعير[١]، والله تعالى يقول: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَـٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَـٰنُ ۝﴾ [الرحمن: ٥٥/ ٦٠].

وقال **المالكية**: يضمن المستعير ما يغاب عليه: وهو ما يمكن إخفاؤه كالثياب والحلي والسفينة السائرة في عُرض البحر، وذلك إذا لم يكن على التلف أو الضياع بينة على حصوله بلا سبب من المستعير.

ولا يضمن المستعير ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار، ولا ما قامت البينة على تلفه.

ودليلهم الأخذ بمجموع حديثين أولهما - قوله ﷺ لصفوان بن أمية: «بل عارية مضمونة مؤداة» وفي رواية «بل عارية مؤداة» ثانيهما - حديث «ليس على المستعير غير المغل - أي الخائن - ضمان...» فيحمل الحديث الأول على ما يغاب عليه، ويحمل الحديث الآخر على ما لا يغاب عليه[٢].

وقال **الشافعية** في الأصح عندهم: إن العارية مضمونة على المستعير إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه، فلا ضمان، لحدوث التلف بسبب مأذون فيه. فلو تعسرت الدابة من ثقل حمل مأذون فيه، أو ماتت به، أو تلف ثوب بلبسه المأذون فيه. أو سقط ثور في ساقية استعير لاستعماله فيها، فلا ضمان في هذه الحالات كلها[٣]، وهذا قريب من مذهب الحنفية.

وقال **الحنابلة** في ظاهر المذهب: إن العارية مضمونة على المستعير مطلقاً، سواء أتعدى المستعير، أم لم يتعد[٤]، بدليل حديث صفوان بن أمية السابق ذكر بعضه، وهو أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين، فقال: أغصباً يا محمد؟

---

(١) المبسوط: ١١/ ١٣٥، البدائع: ٦/ ٢١٧، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٠٣، مجمع الضمانات: ص٥٥.

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٨، حاشية الدسوقي والشرح الكبير: ٣/ ٤٣٦، القوانين الفقهية: ص٣٧٣.

(٣) المهذب: ٢/ ٣٦٣، مغني المحتاج: ٢/ ٢٦٧، حاشية الباجوري على أبي شجاع: ٢/ ١٠، الإقناع وحاشية البجيرمي عليه: ٣/ ١٢٩، ١٣٦، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٥٠.

(٤) المغني: ٥/ ٢٠٣، القواعد لابن رجب: ص٥٩.

قال: «بل عارية مضمونة»[١] فهذا إخبار بصفة العارية وحكمها. وقال عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢] وقد فرق الإمام أحمد بين العارية والوديعة: بأن اليد في العارية آخذة، وفي الوديعة معطاة، فالمصلحة في العارية للمستعير، وفي الوديعة للمودع.

والخلاصة أن المذاهب في كون المستعار أمانة أم مضموناً: هي أمانة عند الحنفية، ومضمون عند الحنابلة، ومتوسط، فيه تفصيل عند المالكية والشافعية.

٣- الشركة بأنواعها:

عقد الشركة: هو أن يتفق اثنان فأكثر على الاشتراك في الاتجار بمال وربحه.

والفقهاء متفقون على أن يد الشريك في شركات الأموال يد أمانة كالإيداع، لأن كل شريك قبض مال الشريك الآخر بإذن صاحبه للمتاجرة فيه، لا لأجل أن يدفع الثمن، كما هو الحال في المقبوض على سوم الشراء، فإنه مقبوض لأجل أن يدفع القابض الثمن، ولا لأجل التوثق به كما هو الحال في عقد الرهن، فإنه مقبوض لأجل التوثق بالدين.

وبناء عليه: إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن مثله أو قيمته، لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه. وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل شراء شيء لحساب الشركة، بطلت الشركة.

ويقبل قول الشريك بيمينه في مقدار الربح والخسارة وضياع بعض المال أو كله، ولو في غير حال التجارة. ويضمن بالتعدي أو بالتقصير فقط كما هو المقرر في سائر الأمانات[٣].

---

(١) أخرجه أبو داوود والنسائي وأحمد وصححه الحاكم من حديث صفوان بن أمية.

(٢) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم من حديث سمرة بن جندب، وقد سبق تخريجه.

(٣) المبسوط: ١١/١٥٧، تبيين الحقائق: ٣/٣٢٠، فتح القدير: ٥/٢٧، رد المحتار والدر المختار: ٣/٣٧٩، بداية المجتهد: ٢/٢٥٣، المهذب: ١/٣٤٧، المغني: ٥/١٨، مجمع الضمانات: ص٢٩٧.

والمضاربة: هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطا، وهي من أنواع الشركات. ولم يختلف أئمة المذاهب أيضاً على أن العامل المضارب أمين فيما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة؛ لأنه قبضه بإذن مالكه، لا بقصد المبادلة كالمقبوض على سوم الشراء، ولا بقصد التوثق كالرهن.

وعلى هذا إذا تلف المال في يد العامل المضارب من غير تفريط، لم يضمن؛ لأنه نائب عن رب المال في التصرف، فلم يضمن من غير تفريط في الحفظ، كالوديع. وإذا هلك مال المضاربة قبل التصرف به بطلت المضاربة، والقول قول المضارب مع يمينه في إثبات الهلاك.

ولو استهلك المضارب المال أو أنفقه، أو أعطاه رجلاً فاستهلكه، لم يكن له أن يشتري شيئاً لحساب شركة المضاربة، حتى يأخذ الضمان من المستهلك[١].

من الذي يتحمل تبعة الهلاك في الشركات؟

إذا هلك مال أحد الشركاء في عقد شركة قبل خلط رأس المال ببعضه، أو قبل القيام بشراء شيء لحساب الشركة، بطلت الشركة؛ لأن كل شريك لم يرض بشركة صاحبه، إلا ليشركه في ماله، فإذا هلك ماله، لم يكن راضياً بشركته عند عقد الشركة أي ينقضي حينئذ التزامه، ويبطل العقد لعدم فائدته، ويهلك المال حينئذ على ذمة صاحبه، وبذلك تقع التبعة على المدين، كما ذكرنا في عقد البيع.

أما إن هلك مال شريك بعد خلط المالين ببعضهما أو بعد شراء الشريك الآخر شيئاً بماله، فإن الهلاك يكون على حساب الشريكين، ويكون الشيء المشترى بينهما حسبما اتفقا في عقد الشركة[٢].

(١) مختصر الطحاوي: ص١٢٤، المبسوط ٢٢/ ١٩، تكملة فتح القدير والعناية: ٧ ص٥٨، تبيين الحقائق: ٥/ ٥٣، البدائع: ٦/ ٨٧، الشرح الكبير للدردير: ٣/ ٥٣٦، بداية المجتهد: ٢/ ٢٣٤، مغني المحتاج ٢/ ٣٢٢، المهذب: ١/ ٣٨٨، المغني: ٥/ ٦٩، غاية المنتهى: ٢/ ١٧١، مجمع الضمانات: ص٣٠٣.

(٢) راجع المبسوط: ١١/ ١٦٤ وما بعدها، مختصر الطحاوي: ص١٠٧، فتح القدير: ٤/ ٢٢، تبيين الحقائق: ٣/ ٣١٩، الدر المختار: ٣/ ٣٧٥.

٤- **الوكالة**: هي لغة الحفظ أو التفويض، وشرعاً: هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم. أو هي تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل. واتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها؛ لأن يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد الوديع، فيضمن بما يضمن في الودائع، ويبرأ بما يبرأ فيها، ويكون القول قول الوكيل في دفع الضمان عن نفسه، وإيصال الأمانة لصاحبها. ومجمل القول أن الوكيل أمين فيما قبضه، فلا ضمان عليه لموكله إلا إذا حدث منه تعدٍ أو تفريط[(١)].

٥- **الوصاية**: هي جعل الغير مالكاً لماله بعد موته، أو تفويض التصرف في ماله ومصالح أطفاله إلى غيره بعد موته[(٢)]، أي إنه عقد يفوض به الإنسان بعد وفاته لآخر تنفيذ وصيته أو رعاية حقوق أولاده القاصرين[(٣)].

ويعدّ الوصي نائباً شرعياً عن الموصي يتولى تنفيذ الوصية، وإدارة شؤون القاصرين المالية من تثمير وتنمية واتجار وإنفاق ونحو ذلك. وتعدّ يده يد أمانة، فيقبل قوله فيما يدعيه من الإنفاق، ولا يضمن ما يتلف بيده دون تعد أو تقصير في الحفظ[(٤)]. ويسمى هذا الوصي الذي اختاره الموصي في حياته: الوصي المختار[(٥)].

٦- **الهبة**: هي عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعاً، وهي من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم، لأنها تبرع عند الحنفية غير ملزم. واتفق الفقهاء على أن قبض الهبة قبض أمانة غير مضمون، لأن الهبة عقد تبرع كالإعارة والإيداع.

وتظهر فائدة كون الموهوب أمانة عند الرجوع في الهبة، فإنه يجوز الرجوع عند الحنفية بالرضا أو بالقضاء، لقول الرسول ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يُثَب

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي: ٤/٢٥٦، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص١٣٧، بداية المجتهد: ٢/٢٩٨، القوانين الفقهية: ص٣٢٩، مغني المحتاج: ٢/٢٢٩ وما بعدها، المغني: ٥/١٣٠.
(٢) درر الحكام: ٢/٤٢٧.
(٣) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف ٢٩٣.
(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/١٢١.
(٥) الدر المختار: ٥/٤٩٦.

منها»[١] أي يعوض. وعند الشافعية والحنابلة: يجوز الرجوع في الهبة للوالد فيما أعطى ولده فقط، لقوله عليه السلام: «ليس لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده»[٢] ولم يجز المالكية الرجوع مطلقاً وتلزم الهبة بالقبض إلا في هبة الوالد لولده بشروط خمسة: وهي ألا يتزوج الولد بعد الهبة، ولا يحدث ديناً لأجل، وألا يتغير الموهوب عن حاله، وألا يحدث الموهوب له في الموهوب حدثاً، وألا يمرض الواهب أو الموهوب له. فإن وقع شيء من ذلك امتنع الرجوع.

فإذا هلك الموهوب أو استهلك فلا سبيل إلى الرجوع في الشيء الهالك، ولا في قيمته، لأنها ليست موهوبة، لعدم ورود العقد عليها، وقبض الهبة أمانة عند الموهوب له غير مضمون. ولكن يضمن هلاك الموهوب إذا امتنع الموهوب له من رده بعد صدور حكم قضائي برده وطلب الواهب ذلك، لأن المنع بعد الطلب يوجب الضمان في الأمانات[٣].

وأما الهبة الفاسدة كهبة المشاع القابل للقسمة عند الحنفية كالدار والبيت الكبير فهي مضمونة بالقبض، ولا يملكها الموهوب له بالقبض على ما هو المختار عند الحنفية، على عكس المقبوض ببيع فاسد، فإنه يملك بالقبض[٤].

المبحث الخامس: العقود المزدوجة الأثر

العقود المزدوجة الأثر: هي التي تكون ذات تأثير مزدوج، فهي في أصلها العام والغالب فيها أنها تنشئ صفة الأمانة، إلا أنها من ناحية أخرى تنشئ صفة الضمان. وهذه العقود ثلاثة: الإجارة، والرهن والصلح عن مال بمنفعة[٥].

---

(١) رواه الحاكم وصححه هو وابن حزم من حديث ابن عمر؛ ورواه البيهقي من طريق الحاكم وقال: والصحيح من هذه الرواية عن عمر من قوله.

(٢) أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث ابن عمر وابن عباس بلفظ «لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده...» قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) البدائع: ١٢٨/٦، درر الحكام: ٢٢٣/٢، الدر المختار ورد المحتار: ٥٤٢/٤، فتح العزيز شرح الوجيز: ٢٥٣/١١.

(٤) مجمع الضمانات: ص٣٣٤، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص٢٠٤.

(٥) المدخل الفقهي للزرقاء: ف ٣٠٣.

أولاً: الإجارة:

الإجارة نوعان: إجارة على المنافع؛ وهي أن يكون المعقود عليه هو المنفعة كإجارة الدور والمنازل والحوانيت، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للبس، والأواني للاستعمال. وإجارة على الأعمال: وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة وحمل وصباغة وإصلاح شيء ونحو ذلك من حالات إجارة الأجراء.

ففي إجارة المنافع: تعدّ العين المأجورة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، فإذا تلفت بغير تفريط منه، لم يضمنها، لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها، فكانت أمانة[١] وقد نصت المادة (٦٠٠) من المجلة على ذلك فقالت: «المأجور أمانة في يد المستأجر إن كان عقد الإجارة صحيحاً أو لم يكن».

أما المنافع المعقود عليها كسكنى الدار وركوب السيارة، فهي مضمونة على المستأجر بمجرد تمكنه من استيفائها بالتسليم الفعلي للمأجور أو بالتخلية، فلو لم ينتفع بالمأجور مدة من الزمن، يلزمه دفع الأجرة عن تلك المدة. وهذا ما نصت عليه المادة (٤٧٠) من المجلة ونصها هو: «تلزم الأجرة في الإجارة الصحيحة أيضاً بالاقتدار على استيفاء المنفعة، مثلاً: لو استأجر أحد داراً بإجارة صحيحة، فبعد قبضها يلزمه إعطاء الأجرة، وإن لم يسكنها». وهذا هو أثر الضمان الذي يترتب على انعقاد الإجارة.

وفي الإجارة الفاسدة عند الحنفية والحنابلة: يستحق المؤجر أجر المثل لا الأجر المسمى في العقد، إذ استوفى المستأجر المنفعة، إلا أنه عند الحنفية إذا كان فساد الإجارة بسبب جهالة الأجرة أو بسبب عدم تسمية الأجر، فإنه يجب الأجر بالغاً ما بلغ، وإن كان الفساد بسبب فقدان شرط من شروط صحة العقد[٢]، فيجب أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى في العقد (المادة ٤٦٢ مجلة)[٣].

(١) البدائع: ٤/ ٢١٠، جامع الفصولين: ٢/ ١٦٣، القوانين الفقهية: ص٢٧٨، بداية المجتهد: ٢/ ٢٢٩، المهذب: ١/ ٤٠٨، المغني: ٥/ ٤٨٨، مغني المحتاج: ٢/ ٣٥١.

(٢) كعدم الرضا في العقد أو كون الأجرة مالاً غير متقوم، أو جهالة المنفعة أو محل المنفعة أو المدة.

(٣) البدائع: ٤/ ١٩٥، درر الحكام: ٢/ ٢٣١، تبيين الحقائق: ٥/ ١٢١، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٧٤، رد المحتار: ٥/ ٣١، القواعد لابن رجب: ص٦٧.

من الذي يتحمل تبعة هلاك المأجور في إجارة المنافع؟

إذا هلكت العين المؤجرة في إجارة المنافع أو إجارة الأشياء بقوة قاهرة، تحمل المؤجر (وهو المدين بتسليم العين للانتفاع بها) تبعة الهلاك كما يتضح في الحالات الآتية[١]:

١- إذا كان الهلاك كلياً، كأن انهدمت الدار المأجورة، أو غرقت الأرض المؤجرة للزراعة، أو ماتت الدابة المستأجرة للحمل أو للركوب، أو سرق الثوب المؤجر للخياطة أو للقصارة، ففي هذه الحالات ونحوها تنتهي الإجارة، لوقوع اليأس عن استيفاء المنفعة المعقود عليها بعد هلاك العين المؤجرة، فلم يعد في بقاء العقد فائدة. وتسقط الأجرة عن المستأجر بالنسبة للمدة الباقية لانتهاء العقد.

٢- وإذا كان الهلاك جزئياً كانهدام إحدى الدارين أو الحمامين المستأجرين، يسقط عن المستأجر ما يقابل منفعة الشيء الهالك من الأجرة، ويكون له الحق في فسخ الإجارة لتفرق الصفقة عليه.

ولا يسقط في ظاهر الرواية شيء من الأجرة بسقوط حائط دار، ويبطل حق المستأجر في فسخ الإجارة إن لم يخل العيب بالنفع بالدار، أو أزال المؤجر العيب، أو انتفع بالشيء المستأجر المشتمل على العيب المخل، لأنه رضي بالعيب، فيلزمه جميع الأجر.

٣- وإذا كانت الاستحالة مؤقتة، أي إن الانتفاع بالمأجور يتعذر في مدة معينة، كانقطاع الماء عن الطاحون مدة شهر مثلاً، فإنه يسقط عن المستأجر أجر تلك المدة، ويكون له الحق في فسخ الإجارة، فإن لم يفسخ، ثم أصبح الانتفاع ممكناً، سقط حقه في الفسخ.

والخلاصة: أن هذه الأحكام بالإضافة إلى ما ذكرناه في هلاك المبيع تدلنا على أن الفقه الإسلامي أخذ بنظرية تحمل التبعة: وهو أن الهلاك على المدين، لأن يد

---

(١) البدائع: ٤/٢٢٣، الدر المختار ورد المحتار: ٥/٥٣ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/١٤٣ وما بعدها، نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي للدكتور زكي عبد البر: ص١١٥ وما بعدها.

المستأجر يد أمانة، وقد ينفسخ العقد أحياناً، وقد يكون قابلاً للفسخ على التفصيل المذكور.

وأما الإجارة على الأعمال: فالضمان فيها يختلف حكمه بسبب صفة الأجير.

والأجير نوعان: خاص وعام. والأجير الخاص أو أجير الوَحَد: هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة؛ أو هو الذي يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، وإن لم يعمل، كالخادم في المنزل والأجير في المحل.

والأجير العام أو المشترك: هو الذي يعمل لعامة الناس؛ أو هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس، كالصباغ والحداد والكواء والصانع والطبيب ونحو ذلك[(١)].

وقد كان الحكم في صفة يد الأجير المشترك كالأجير الخاص، كل منهما يده يد أمانة لا يضمن هلاك الشيء إلا بالتعدي أو بالتقصير، لكن نظراً لفساد ديانة الناس وكثرة ادعائهم التلف، أوجب الفقهاء تضمين الأجير المشترك لمصلحة الناس في ذلك.

وعلى هذا فإن المذاهب الأربعة متفقة على أن الأجير الخاص لا يكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها إلا بالتفريط، لأن يده يد أمانة كالوكيل والشريك المضارب. مثلاً: إذا استأجر إنسان خياطاً أو حداداً مدة يوم أو شهر ليعمل له وحده، فلا يضمن العين التي تهلك في يده، ما لم يحصل منه تعد أو تقصير في حفظه، سواء تلف الشيء في يده أم في أثناء عمله.

وأما الأجير المشترك: فهو ضامن لما جنت يده أو قصر في حفظه، فإن تلف الشيء في يده من غير تعدٍ منه ولا تفريط، ففي تضمينه رأيان للعلماء: رأي يضمنه، والآخر لا يضمنه، وهذان الرأيان هما:

١- قال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد، والشافعي وأحمد في الصحيح من قوليهما: يد الأجير المشترك يد أمانة كالأجير الخاص، فلا يضمن ما تلف عنده

---

(١) البدائع: ٤/ ١٧٤، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٠٠، تبيين الحقائق: ٥/ ١٣٣ وما بعدها.

إلا بالتعدي أو بالتقصير، لأن الأصل في التضمين ألا يجب إلا بالاعتداء لقوله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٣] ولم يوجد التعدي من هذا الأجير، لأنه مأذون في القبض، ولم يتسبب في الهلاك، ثم إنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك، فكان حكمه كالشريك المضارب يده يد أمانة[١].

٢- وقال الصاحبان وبقولهما يفتى عند الحنفية، والشافعي وأحمد في قول عندهما، والمالكية: يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده، ولو بغير تعد أو تقصير منه.

واستثنى الصاحبان حالة حصول الهلاك بحريق غالب عام، أو غرق غالب ونحو ذلك.

وعلى هذا: يضمن الأجير المشترك ما تلف بيده مطلقاً، فالقصار ضامن لما يتخرق بيده، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه، والحمال ضامن لما سقط من الحمل الذي يحمله أو تلف أثناء عثرته، والجمّال ضامن لما تلف بقيادته وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به بعيره، والملاح ضامن ما تلف في حيازته، أو بسبب المواد التي تطلى أو تمون بها السفينة.

ودليل هؤلاء قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] وقول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٢] وما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول: «لا يصلح الناس إلا هذا» وكان الشافعي يردد هذا القول، ولا يفتي بالقول الأول السابق ذكره لفساد الناس، ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس. ثم

(١) الفتاوى الهندية: ٤/ ٤٨٦، مختصر الطحاوي: ص١٢٩، المبسوط: ١١/ ١٠٣، البدائع: ٤/ ٢١١، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٠٧، درر الحكام: ٢/ ٢٣٥، معين الحكام: ص١٩٥، جامع الفصولين: ٢/ ١٧١، رسائل ابن عابدين: ٢/ ١٧٨، مغني المحتاج: ٢/ ٣٥١، المهذب: ١/ ٤٠٨، المغني: ٥/ ٤٧٩، ٤٨٧.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة والطبراني وابن أبي شيبة والحاكم وصححه عن سمرة بن جندب.

إن الأجير المشترك قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق شيء مقابل عليه، فيضمنها كالمستعير والمرتهن[١].

والخلاصة: أن الأجير المشترك على هذا الرأي يختلف عن الأجير الخاص حالة تلف الشيء عنده من دون تقصير، وأن تضمينه لا يخالف دليلاً شرعياً، وإنما هو تحقيق مناط حكم شرعي ثابت بالنص، فهو تطبيق للنص وليس خروجاً عليه، ولا استثناء منه.

من الذي يتحمل تبعة الهلاك في إجارة الأعمال؟

الأجير في إجارة الأعمال أو إجارة الأشخاص نوعان كما بينا: خاص ومشترك.

فالأجير الخاص: يستحق الأجرة بعد انتهائه من العمل وإكماله، فإن لم يكمله وعمل بعض العمل، فيستحق من الأجر بقدر ما أنجز من العمل، ويصير المعمول مسلماً إلى صاحبه، ويملك المطالبة بقدر ذلك. فلو استأجر شخص رجلاً ليبني له بناء في داره، أو ليحفر له بئراً أو نهراً في ملكه، فإذا عمل بعض العمل، فله أن يطالب من الأجرة بقدر ما عمل. وإن فرغ من العمل لم يسقط شيء من الأجرة، وإن لم يعمل شيئاً لا أجر له.

أما إذا استحال على الأجير إتمام عمله، فيسقط من الأجر بحساب ذلك من المدة المؤجر لها.

والخلاصة: أن التبعة تكون على الأجير أي المدين، كما ذكرنا في إجارة الأشياء. والأجير المشترك. إما أن يكون لعمله أثر ظاهر في العين، وإمّا ألا يكون لعمله أثر في العين.

١- فإن كان لعمله أثر ظاهر في العين المؤجرة كالخياطة والصباغة والقصارة: فيجب له الأجر بتسليم ذلك الأثر، فإن هلك الشيء قبل التسليم أي التخلية في يد الأجير، لو بعد الفراغ من العمل سقط الأجر، لأن الأثر المعقود عليه - وهو

---

(١) المراجع السابقة، الشرح الكبير للدردير: ٢٨/٤، بداية المجتهد: ٢/ ٢٣٠، القوانين الفقهية: ص٢٧٨، ٣٣٦.

صيرورة القماش مثلاً مخيطاً - لم يسلم، والبدل - أي الأجر - يقابل ذلك الأثر، فكان كالمبيع.

وعلى هذا فإن التبعة تكون على المدين.

٢- وإن لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر كالحمال والملاح، فيجب الأجر بمجرد الانتهاء من العمل، وإن لم يسلم العين لصاحبها؛ لأن البدل يقابل نفس العمل، فإذا انتهت مدة الإجارة، فقد فرغ من العمل، وصار مسلماً للعين التي هي ملك صاحبها، فلا يسقط الأجر بهلاك الشيء بعدئذ.

وإذا استحال على الأجير القيام بالعمل، سقط الأجر عن المستأجر، كله أو بعضه، حسب واقع الحال، فإن مات الحمال مثلاً قبل البدء بالحمل، سقط الأجر كله، وإن مات في نصف الطريق، استحق نصف الأجر. وإن سرق المتاع من الحمال في بعض الطريق، سقط من الأجر بحسابه.

وبذلك يظهر أن الذي يتحمل التبعة هو المدين أي الأجير[(١)]. وخلاصة القول: أن الذي يتحمل تبعة الهلاك في عقد الإيجار هو المدين كما هو المقرر في عقد البيع وعقد الشركة، وينفسخ العقد حينئذ، وهذا هو المراد بنظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي.

ثانياً: الرهن

ينشئ عقد الرهن في بعض المذاهب ضماناً من ناحية وأمانة من ناحية أخرى تعتبر هي الأصل العام في صفة يد المرتهن، فالمال المرهون مضمون منه على المرتهن بما يساوي الدين فقط، وأما الزائد على ما يساوي مقدار الدين فهو أمانة في يد الدائن المرتهن.

وتفصيل أقوال العلماء في حكم يد المرتهن، أهي يد أمانة أم يد ضمان هو ما يأتي[(٢)]:

---

(١) راجع التفصيل في البدائع: ٤/ ٢٠٤ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٥/ ١٠٩ وما بعدها، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ١٢، نظرية تحمل التبعة: ص١٢٧ وما بعدها.

(٢) وراجع مذكرات في الرهن للدراسات العليا لأستاذنا الشيخ علي الخفيف: ص١٠٩.

١- قال الحنفية والشيعة الزيدية: إن يد المرتهن هي يد أمانة بالنظر إلى عين المال المرهون، لكنها مع ذلك تعتبر يد استيفاء بالنسبة لما يعادل الدين من مالية الرهن، بمعنى أن ما يساوي الدين من مالية الرهن تعتبر يد المرتهن يد استيفاء، فإذا امتنع رد المرهون بسبب من الأسباب كان المرتهن مستوفياً من دينه هذا المقدار واحتسب من ضمانه نتيجة لذلك.

وأما ما زاد من قيمة المرهون على الدين فهو أمانة يهلك هلاك الأمانات، فلا يضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير.

يعني أن الرهن يهلك بالأقل من قيمته ومن الدين، فإن كان مساوياً للدين أو أكثر سقط الدين، وكانت زيادته أمانة تهلك على صاحبها وهو الراهن؛ وإن كان أقل من الدين هلك بقيمته، ورجع المرتهن على الراهن بما بقي له من دينه. وإن لم تعرف قيمة المرهون، كان بما رهن فيه[١] لقوله ﷺ: «إذا عُمِّي الرهن فهو بما فيه»[٢].

ومثل المرهون في ذلك **المبيع بيعاً بالوفاء** في يد المشتري، فهو مضمون عليه ضمان الرهن، أي إنه إذا هلك في يده، يضمن من قيمته بمقدار الثمن المدفوع، كما يضمن المرتهن ما يعادل مقدار الدين إذا هلك الشيء المرهون.

واستدل الحنفية لمذهبهم بما روي أن النبي ﷺ قال: «الرهن بما فيه»[٣] أي يهلك بالدين الذي رهن فيه، وبما روي عن عطاء أن رجلاً رهن فرساً، فنفق[٤] عند المرتهن، فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك، فقال له: «ذهب حقك»[٥] ففي هذين الحديثين دلالة على أن المرتهن تحمل تبعة الهلاك حيث سقط دينه في مقابل هلاك المرهون، مما يدل على أن يد المرتهن هي يد ضمان بالنسبة لما يعادل قدر الدين.

---

(١) درر الحكام: ٢/ ٢٤٩، جامع الفصولين: ٢/ ١٦٠، تبيين الحقائق: ٦/ ٦٤، البدائع: ٦/ ١٥٤.

(٢) لم يرو هذا الكلام بهذا اللفظ عن الرسول ﷺ، وإنما بلفظ الحديث الآتي ذكره.

(٣) رواه الدارقطني مسنداً من حديث أنس، وهو ضعيف، ورواه أبو داوود مرسلاً من حديث عطاء، قال ابن القطان: مرسل صحيح.

(٤) نفق الشيء بوزن تعب: أي فني.

(٥) أخرجه أبو داوود في مراسيله وابن أبي شيبة في مصنفه، وهو حديث مرسل ضعيف.

٢- وقال جمهور الفقهاء وهو مذهب المالكية في الجملة، والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية: إن يد المرتهن يد أمانة، فإذا هلك المرهون، فلا يضمنه إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

واستدلوا بما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ قال: «لا يَغلق[(١)] الرهن ممن رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[(٢)] قال الحاكم: هذا حديث صحيح. ووجه الاستدلال به أنه جعل غرمه - ومنه هلاكه - على الراهن، وذلك مقتضى الأمانة[(٣)].

ثم إن المرهون يعتبر وثيقة بالدين، فلا يجوز أن يسقط الدين بهلاكه، اعتباراً بهلاك الصك، إذ إن ذلك يتنافى مع جعله وثيقة.

وكذلك إن المرهون في يد المرتهن برضا الراهن، فيعتبر أميناً كالوديع بالنسبة للمودع.

والإمام مالك مع أنه يعتبر يد المرتهن يد أمانة، لكنه استحسن تضمين المرتهن عند وجود التهمة، وهي توجد إذا كان المرهون مما يُغاب عليه (أي مما يمكن تغييبه وإخفاؤه) كالحلي والثياب والسلاح ونحو ذلك، وكان بيد المرتهن لا بيد أمين آخر، ولم تقم بينة على هلاكه أو احتراقه أو سرقته بلا تعد ولا إهمال.

أما إذا كان المرهون مما لا يغاب عليه كالعقار والدور والحيوان أو كان الرهن بيد أمين، أو قامت بينة على تلفه بلا تعد ولا إهمال من المرتهن، فلا يضمنه المرتهن عند هلاكه[(٤)].

---

(١) يقال: غلق الرهن: إذا خرج عن ملك صاحبه الراهن واستولى عليه المرتهن بسبب عجزه عن أداء ما رهنه فيه، وكان هذا عادة العرب فنهاهم النبي ﷺ.

(٢) رواه الشافعي وابن حبان والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن ماجه.

(٣) بداية المجتهد: ٢/ ٢٧٤، القوانين الفقهية: ص٣٢٤، الفروق: ٢/ ٢٠٧، مغني المحتاج: ٢/ ١٣٦، المغني: ٤/ ٣٩٦، الإفصاح: ص١٩٢.

(٤) يرى المالكية أن هذه التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه من أجل التضمين تطبق أيضاً على الأشياء المستعارة كما ذكرنا سابقاً، وعلى ما يتلف في أيدي الصناع والأجراء المشتركين، والمبيع في يد المشتري بخيار الشرط، ونفقة المحضون في يد الحاضن. والصداق (المهر) في يد الزوجة إذا حصلت الفرقة قبل الدخول بفسخ أو طلاق، وما بيد الورثة من التركة إذا طرأ دين أو وارث آخر، والمبيع المحتبس بالثمن، والمغصوب المشترى من غاصب إذا لم يعلم المشتري بالغصب (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/ ٢٥٤، القوانين الفقهية: ص٣٣٥).

والقانون المدني في سورية ومصر قريب في أساسه في مذهب المالكية، فإنه اعتبر المرتهن مسؤولاً مبدئياً عن هلاك الشيء المرهون أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، فإذا ثبت ذلك كان الراهن متحملاً تبعة الهلاك[١].

ففي حال الهلاك بالقوة القاهرة يتفق القانون مع مذهب المالكية، وفيما عدا ذلك يقترب القانون من المذهب الحنفي، ومذهب جماعة من السلف[٢] القائلين بأن يد المرتهن على المرهون يد ضمان.

ثالثاً: الصلح عن مال بمنفعة:

إذا كان بدل الصلح عن مال متنازع فيه منفعة، اعتبر عقد الصلح في حكم عقد الإجارة، فتعتبر عين الشيء المتصالح على منفعته أمانة في يد المصالح، وأما منافعه فهي مضمونة على المصالح بمجرد التسليم، فإذا مضت مدة الانتفاع المتفق عليها اعتبر المصالح مستوفياً حكماً لبدل الصلح وذلك كما ذكرنا بالنسبة للمأجور في يد المستأجر.

مثال كون بدل الصلح منفعة: أن يكون على رجل مئة ليرة مثلاً، فيصالح خصمه الدائن من ذلك على منفعة بيت، بأن يسكنه شهراً، أو على ركوب دابة أياماً معلومة، أو على زراعة أرض مدة معينة، ونحو ذلك، فهذا الصلح بمعنى الإجارة، أي إنه يطبق عليه حكم الإجارة باتفاق علماء المذاهب الأربعة[٣].

ضمان المقبوض بالعقد الفاسد: يحسن في ختام رد العقود أن نذكر ما قرره ابن رجب الحنبلي من قاعدة هامة في ضمان المقبوض بموجب عقد فاسد، فقال: «كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب

---

(١) راجع نص المادتين: ١١٠٢: ١، ١١٠٣ من القانون المدني المصري، والمادتين ١٠٣٥، ١٠٦٢ من القانون المدني السوري.

(٢) وهم شريح والنخعي والحسن البصري وعبد الله بن الحسين وأبو عبيد وإسحاق بن راهويه وهو مروٍ عن ابن عمر.

(٣) البدائع: ٦/٤٧، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣١، رد المحتار: ٤/ ٤٩٦، الشرح الكبير: ٣/ ٣١٠، مغني المحتاج: ٢/ ١٧٨، المغني: ٤/ ٤٨٣.

الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده[١]» ويعني بذلك أن العقد الصحيح إذا كان موجباً للضمان، فالفاسد كذلك، وإذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفاسد كذلك.

فالبيع والإجارة والزواج عقود موجبة للضمان مع الصحة، فكذلك مع الفاسد. والأمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة والصدقة: لا يجب الضمان فيها مع الصحة، فكذلك مع الفاسد.

المبحث السادس : يد الأمانة ويَد الضمان

يد الأمانة: هي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائباً عن المالك[٢]، كالوديع والمستعير والمستأجر والوكيل والشريك والمضارب والأجير الخاص وناظر الوقف.

وحكم الأمانات: أن واضع اليد عليها لا يضمنها إذا هلكت إلا إذا حصل منه تعدٍّ أو تقصير وإهمال، أي إنه لا يجب ضمانها بالتلف ويجب بالإتلاف، وقابض الأمانة لا يسأل عن المقبوض إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ.

والفكرة في ذلك أن الشرع افترض الأمانة في واضع اليد عليها، والأمين يصدق فيما يدعيه، فإذا خرج عن طبيعته واستهان بالأمانة وجب عليه الضمان جزاء وفاقاً. ومن صور التعدي في عقد الإيداع مثلاً أن يحفظ الوديع الوديعة بغير نفسه أو عياله، أو يودعها عند غيرهم ممن لا يودع ماله عندهم عادة، فإذا ضاعت أو تلفت ضمن مثلها أو قيمتها حسب كونها من المثليات أو من القيميات؛ لأن المالك رضي بيد الوديع لا بيد غيره، والأيدي تختلف في الأمانة.

ومن صور التقصير، أن يهمل الوديع الوديعة، فلا يدفع عنها ما يتلفها كترك تهوية ثياب الصوف أو السجاد، لأنه يجب عليه أن يستعمل الوديعة الاستعمال الذي يحفظها، وعليه أن يطعمها ويسقيها إن كانت حيواناً.

---

(١) راجع القواعد له: ص٦٧ وما بعدها، وانظر المغني لابن قدامة: ٥/ ٤٨٩ .

(٢) اعتمدنا في تعريف يد الأمانة ويد الضمان على ما أورده التقنين المدني العراقي نقلاً عن الفقه الحنفي (راجع المادة ٤٢٧)، جامع الفصولين: ٢/ ٨١.

والخلاصة: أن الإتلاف موجب للضمان سواء في يد الأمانة أم في يد الضمان لقوة الإتلاف وتأثيره[١].

ويد الضمان: هي يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه، كالغاصب والمشتري، والقابض على سوم الشراء أو ببيع فاسد، والمرتهن بمقدار الدين، فكل واحد من هؤلاء حاز الشيء لمصلحة نفسه، فإن حاز الشيء لمصلحة المالك تكون يده يد أمانة كالمستأجر ونحوه مما ذكرنا، فإنه يحوز الشيء المأجور لحفظه لمصلحة المؤجر.

وحكم يد الضمان: أن واضع اليد على الشيء يضمنه إذا عجز عن رده لصاحبه بفعله أو بفعل غيره أو بآفة سماوية، أي إنه يجب عليه ضمان المثل أو القيمة بالتلف والإتلاف في كل الأحوال، وقابض المضمون يكون مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير إذا هلك عنده ولو بآفة سماوية[٢].

والفكرة في ذلك أن كل إنسان مجزىً بعمله إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، فمن أخذ مال غيره بغير حق، وحد من حريات الآخرين في التصرف بأموالهم والانتفاع بها، ضمن المال لتوفير حرية الناس بأموالهم، ومنع الغير من التطلع إليها، وجبر الخسارة التي لحقت بأصحابها بسبب زوال أيديهم عنها.

وعلى هذا إذا كان المالك حائزاً للشيء تحمل تبعة الهلاك كما هو واضح، فإن انتقلت الحيازة إلى غيره بعقد كالبيع، أو بإذن كما في سوم الشراء، أو بغير إذن كما في الغصب، فالضمان على الحائز أي إنه يتحمل تبعة الهلاك إذا كانت يده يد ضمان، والضمان على المالك إذا كانت يد الحائز يد أمانة[٣].

---

(١) المحلي على المنهاج: ٣/ ٣٠.

(٢) راجع حكم يد الأمانة والضمان في البدائع: ٥/ ٢٤٨، ٧/ ٨٠، المبسوط: ٩/ ١٤٤، فتح القدير: ٥/ ٢٠٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٦٧، الفروق: ٢/ ٢٠٧، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، القوانين الفقهية: ص٣٣٥، مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٩م، المغني: ٤/ ٣١١، ٥٣٩، القواعد لابن رجب: ص٥٣ وما بعدها، ٣٠٩.

(٣) مصادر الحق للأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري: ٦/ ١٩٦.

وسأذكر هنا بعض الأحكام الفقهية المتعلقة بيد الأمانة ويد الضمان وهي ما يأتي:

أ- تأثير السبب الأجنبي على الضمان:

إذا هلك الشيء بسبب أجنبي لا يد للحائز فيه كآفة سماوية أو تعدٍّ من الغير، فإن هذا السبب ينفي الضمان في يد الأمانة لا في يد الضمان.

فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المستعير أو المستأجر أو الوديع أو الوكيل أو الشريك ونحوه ممن يده يد أمانة، فإن المسؤولية تنتفي عنهم، ولا يضمنون الشيء التالف.

أما إذا كانت اليد يد ضمان كيد البائع قبل تسليم المبيع، وكما في ضمان الاستحقاق أو العيب فلا ينتفي الضمان حتى بالسبب الأجنبي، ويكتفى في فقهنا بفسخ العقد. وأما عند القانونيين فإن التعويض الواجب فوق الفسخ هو الذي يمتنع وحده بالسبب الأجنبي[(١)].

ب- تغير صفة وضع اليد:

قد تتحول يد الأمين إلى يد غاصب أو معتد إذا وجد منه سبب من أسباب الضمان، فإذا تلف الشيء بعدئذ تحمل تبعة هلاكه مهما كان السبب سماوياً أو بشرياً. ويتجلى ذلك في هذه الأمثلة التي اخترناها من عقود ثلاثة: هي عقد الإيجار والإيداع والإعارة.

ففي عقد الإجارة على الأعمال: يتغير وضع اليد من صفة الأمانة إلى صفة الضمان[(٢)] في الأحوال الآتية[(٣)]:

(١) المرجع السابق: ص١٩٧ وما بعدها، البدائع: ٥/ ٢٣٨، رد المحتار: ٤/ ٤٤.
(٢) هذا بناء على رأي أبي حنيفة في أن يد الأجير هي يد أمانة سواء أكان خاصاً أم عاماً.
(٣) راجع البدائع: ٤/ ٢١١، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٠١، مختصر الطحاوي: ص١٣٠، المبسوط: ١٥/ ١٠٤، ١٦١، جـ١٦/ ٩، جامع الفصولين: ٢/ ١٧٢ وما بعدها، رد المحتار: ٥/ ٤٦، مجمع الضمانات: ص٢٨ وما بعدها، مغني المحتاج: ٢/ ٣٥١.

أولاً- ترك الحفظ: إذا أهمل الأجير حفظ المتاع، فيلتزم بضمانه، لأن الأجير لما قبض المأجور فقد التزم حفظه، وترك الحفظ موجب للضمان، كالوديع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت.

ثانياً- الإتلاف والإفساد: إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف أو بالغ في دق الثوب مثلاً، ضمن، سواء أكان الأجير مشتركاً أم خاصاً.

وكذلك يضمن الأجير المشترك عند أبي حنيفة وصاحبيه ما يتلف بيده خطأ من غير قصد أو دون تَعَدٍّ بأن دق الثوب فتخرق، أو ألقاه في مادة كيماوية فاحترق، أو غرقت السفينة بعمل الملاح، أو سقط الحمل من على ظهر الحمال، أو هلكت دابة عندما ساق الراعي المشترك الدواب، فضرب بعضها بعضاً في حال سوقه، لأن العمل المأذون به هو العمل المصلح لا المفسد.

وقال الشافعية وزفر: لا يضمن الأجير المشترك العمل المأذون فيه في الجملة، وإنما يقتصر ضمانه على حالتي التعدي والتقصير في عمله.

ثالثاً- مخالفة المستأجر شرط المؤجر نصاً أو دلالة: بأن حمل الدابة حملاً أثقل من المتفق عليه، أو حملاً مغايراً لجنس الحمل المأجور له، أو استخدم الدابة في غير المكان أو الزمان المتفق عليه؛ أو صبغ الصانع الثوب بلون آخر غير المحدد في العقد، ونحو ذلك.

وفي عقد الإيداع: يتغير حال الوديعة من الأمانة إلى الضمان بحالات هي[١]:

١- ترك الحفظ: إذا رأى الوديع إنساناً يسرق الوديعة، فتركه، وهو قادر على منعه، ضمن؛ لترك الحفظ الملتزم بالعقد.

٢- إيداع الوديعة عند من ليس في عياله، ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة: إذا أخرج الوديع الوديعة من يده، وأودعها عند غيره بغير عذر، يصير ضامناً؛ لأن

---

(١) المبسوط ١١، ص١١٣، ١٢٥، ١٣٢، البدائع: ٦/ ٢١١ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/ ٩١ وما بعدها، حاشية ابن عابدين: ٤/ ٥١٦، الشرح الكبير: ٤/ ٤٢٠ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص٣٧٤، بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٧، مغني المحتاج: ٣/ ٨١ وما بعدها، المهذب: ١/ ٣٥٩، ٣٦١ وما بعدها، المغني: ٦/ ٣٨٣، ٣٨٧، ٤٠١.

المودع ارتضى بحفظ الوديع الأول، دون حفظ غيره، إلا إذا كان هناك عذر فلا يضمن، كأن وقع حريق في داره، أو كان في سفينة فخاف الغرق، فدفعها إلى غيره، ونحو ذلك من الأسباب الأجنبية القاهرة، لأن الدفع إلى الوديع الثاني في هذه الحالة تعين طريقاً للحفظ، فكان ذلك مأذوناً فيه من المالك دلالة أو ضمناً.

٣- استعمال الوديعة: إذا انتفع الوديع بالوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب، فإنه يصير ضامناً، حتى ولو كان التلف بسبب سماوي.

٤- السفر بالوديعة: أجاز أبو حنيفة للوديع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمناً، ولم ينهه صاحب الوديعة، فلو سافر حيث لا مانع فتلفت الوديعة، لا يضمن.

وقال الصاحبان: إن كان للوديعة حمل ومؤنة كالأشياء الثقيلة فلا يملك الوديع المسافرة بها، لأن في ذلك ضرراً بالمالك، أما إذا لم يكن للوديعة حمل ومؤنة، فله السفر بها ولا ضمان.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: ليس للوديع المسافرة بالوديعة، فإن سافر بها وعجز عن إيداعها عند أمين وخاف عليها إن تركت فلا ضمان عليه عند المالكية، ويضمن عند الآخرين إلا إذا وقع حريق أو غارة وعجز عمن يسلمها إليه، فليس السفر بها في غير حالة العذر، لأنه عرض الوديعة للضياع، والسفر كثير المخاطر، سواء أكان الطريق آمناً أم مخوفاً، قال أعرابي: «إن المسافر وماله لعلى قَلَت إلا ما وقى الله»[(١)] أي على خطر الهلاك.

٥- جحود الوديعة: إذا طلب المودع الوديعة، فجحدها الوديع، أو حبسها عنه وهو يقدر على تسليمها، ضمن، لأنه لما طالبه بالرد، فقد عزله عن الحفظ، فيكون بعد ذلك بالإمساك غاصباً مانعاً.

٦- خلط الوديعة بغيرها: إذا خلط الوديع الوديعة بمال نفسه أو بوديعة أخرى بحيث لا يمكن التمييز بينهما، يضمن المثل عند أبي حنيفة، لأن الخلط إتلاف للوديعة من حيث المعنى. فإن كان يمكن التمييز فلا ضمان كما هو واضح بداهة.

---

(١) رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري عن أبي هريرة، وقد أنكره النووي في شرح المهذب، فقال: ليس هذا خبراً عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب.

٧- مخالفة شرط المودع في حفظ الوديعة: إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان هذا المكان أدنى درجة في الحفظ فسرقت الوديعة أو تلفت، ضمنها الوديع باتفاق المذاهب الأربعة. وإن كان المكانان متساويين في درجة الحفظ، أو المكان الجديد أحفظ من القديم، فلا ضمان عند الحنفية والمالكية والشافعية.

وقال الحنابلة في الأرجح عندهم. إنه يضمن سواء نقلت الوديعة إلى مكان مماثل في الحفظ أو أدنى أو أعلى، لأنه خالف صاحب الوديعة لغير فائدة ولا مصلحة.

وفي عقد الإعارة: يتغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان بنفس الأسباب التي يتغير بها حال الوديعة، منها ما يأتي[1]:

١- التضييع أو الإتلاف حقيقة بإلقاء الشيء المستعار في مضيعة، أو يدل عليها المستعير سارقاً، أو الإتلاف معنى بمنع العارية بعد طلبها أو بعد انقضاء المدة.

٢- ترك الحفظ أثناء استعمال العارية.

٣- المخالفة في كيفية الحفظ كأن يطلب المعير من المستعير ألا يغفل عن العارية، فيغفل، فيضمن.

جـ- ضمان الأمانات بالموت عن تجهيل:

من المقرر فقهاً أن الشخص إذا اقترب من الموت، عليه أن يعلم القاضي أو أميناً غيره عند عدم وجود القاضي بالأمانة التي عنده مع وصفها بما تتميز به إن كانت غائبة، أو الإشارة لعينها إن كانت موجودة، مع الأمر بردها لصاحبها بالفعل، فإذا ترك ذلك، وضاعت الأمانة، فإنه يضمنها في تركته.

وعلى هذا إذا مات الشخص الأمين تصبح جميع الأمانات مضمونة بالموت عن تجهيل (أي من دون بيان الأمانة) إلا في أربعة أحوال[2]:

---

(١) البدائع: ٦/٢١٨ وما بعدها، ٢١١ وما بعدها مجمع الضمانات: ص٥٧.

(٢) فتح القدير: ٥/٢٧، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/٦٧.

١- في الوقف: إذا مات ناظر الوقف مجهلاً غلات الوقف.

٢- في الوصاية: إذا مات القاضي مجهلاً الوديع الذي أودع عنده أموال اليتامى، أو مجهلاً لها عنده.

٣- في الجهاد: إذا مات الحاكم ولم يبين الجند الذين أودع عندهم بعض الغنائم الحربية في دار الحرب قبل قسمة الغنائم بين المقاتلين.

٤- في شركة المفاوضة[(١)]: إذا مات أحد الشريكين المتفاوضين، ولم يبين حال المال الذي كان في يده، فإنه لا يضمن لشريكه نصيبه منه.

ففي هذه الحالات لا ضمان على الأمين.

د- هل يؤثر الشرط في تغيير صفة وضع اليد؟

يرى أئمة المذاهب الأربعة أن ما لا يجب ضمانه لا يصيّره الشرطُ مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه، فلو شرط المؤجر على المستأجر مثلاً ضمان العين المؤجرة فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد. ولو شرط رب الوديعة على الوديع ضمان الوديعة، فقبل الشرط، أو قال: أنا ضامن لها، لم يضمن. وإذا اشترط المعير على المستعير ضمان العارية يكون الشرط باطلاً، لأن ذلك يغير مقتضى العقد. وهكذا الحكم في كل الأمانات كما في عقود المضاربة والشركة والوكالة والرهن ونحوها، لأن الشيء في أصله أمانة، فلا يصير مضموناً بالشرط.

وكل عقد اقتضى الضمان كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد، لا يغيره شرط نفي الضمان؛ لأن الضمان ثابت بالشرع، وكل شرط خلاف مقتضى العقد فهو باطل[(٢)].

---

(١) شركة المفاوضة انفرد الحنفية والزيدية بالقول بمشروعيتها. وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على الاشتراك فيما يملكه كل شريك من مال مع تساوي جميع الشركاء في الربح وفي رأس المال وفي العمل وفي الديانة، وفي تضامنهم في المسؤولية عن الحقوق والواجبات المتعلقة بما يُتاجر فيه.

(٢) راجع رد المحتار على الدر المختار: ٤/٥١٦، ٥٢٥، ٥/٤٥، مجمع الضمانات: ص٥٥، بداية المجتهد: ٢/٣٠٩، الشرح الكبير للدردير: ٣/٤٢٣، ٤٣٦، المهذب: ١/٣٥٩، المغني: ٥/٢٠٤ وما بعدها، ٦/٣٨٣، الإفصاح: ص٢١٧، ٢٠٦.

هـ- متى يبرأ الشخص الأمين من الضمان؟

يجب على الأمين أن يحفظ الأمانة كما يحفظ ماله على النحو الذي جرت به عادة الناس في كيفية حفظ أموالهم[١]، وعلى هذا فلا يبرأ الأمين من الضمان إلا إذا ردها إلى مالكها.

ففي الوديعة: قال الحنفية: يجب ردها إلى صاحبها، لأن الله تعالى أمر بأداء الأمانات إلي أهلها، وأهلها مالكها، فلو ردها إلى بيت المالك، فجعلها فيه من غير حضرة المالك، أو سلمها إلى من هو في عيال المالك كزوجته أو ابنه أو خادمه الخاص، فإنه يكون ضامناً لها لو ضاعت، لأن المالك المودع لم يرض بيد أحد من هؤلاء في حفظ الوديعة.

هذا بخلاف **الإجارة والإعارة**: فإن المستأجر أو المستعير إذا رد العين المؤجرة، أو الشيء المستعار إلى منزل المالك أو إلى من في بيته، فإنه يبرأ من الضمان.

والفرق بين الوديعة وغيرها عند الحنفية: هو النظر إلى عرف الناس وعاداتهم، فإن العادة الجارية بين الناس في رد المأجور والمستعار هو الاكتفاء بردهما إلى بيت المالك فيكون مأذوناً فيه عادة؛ لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كرد أواني البيت، بدليل أن العارية إذا كانت شيئاً نفيساً كعقد جوهر ونحوه أو ثياباً، لا يصح ردها لغير المالك نفسه، لعدم وجود عادة جارية بغير ذلك.

وأما الوديعة فلم توجد عادة بردها إلى غير المالك، فلم يصح إلقاؤها في دار المودع أو إدخالها في الإصطبل إذا كانت دابة. ثم إن الإيداع مبني على الستر والسر والإخفاء عادة، لما في ذلك من المصلحة، فلو ردت الوديعة إلى غير المالك لانكشف السر. أما العارية أو الشيء المأجور فهو قائم على أساس الإعلان والإظهار تأميناً لحاجات الناس في استعمالاتهم المألوفة.

والخلاصة أن رد الوديعة إلى نفس المالك موافق للأمر القرآني برد الأمانات إلى أهلها، وأما العارية فإن عرف الناس خصص هذا الأمر استحساناً في الأحوال التي لم تنشأ فيها عادة معينة[٢].

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٧.

(٢) البدائع: ٦/ ٢١١، تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٧٨ ط الأولى، مجمع الضمانات: ص٥٧ .

وقال الشافعية والحنابلة: يجب رد العين سواء أكانت وديعة أم عارية إلى المالك أو وكيله في القبض، وعندئذ يبرأ من الضمان، فإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه، أو إلى ملك صاحبها، لم يبرأ من ضمانها، التزاماً للنص القرآني الآمر برد الأمانات إلى أهلها، ولأن رده على هذا النحو هو إلى غير المالك أو نائبه، فصار كما لو سلم الأمانة إلى أجنبي. وأضاف الشافعية أن المستعير إذا رد المستعار إلى المكان الذي أخذه منه، وعلم المالك بذلك ولو بخبر ثقة، يبرأ من الضمان.

وأردف الحنابلة أن المستعير إذا رد العارية إلى من جرت عادته باستلام ذلك كزوجة المعير المتصرفة في ماله، وسائس الدابة، يبرأ من الضمان في قياس المذهب[1].

و- هل يد الملتقط يد أمانة أم يد ضمان؟

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن اللقطة أمانة أو وديعة في يد الملتقط، إلا أنهم اختلفوا في بعض الشروط على رأيين:

١- **مذهب الحنفية**: يرى الحنفية أن اللقطة أمانة في يد الملتقط بشرط أن يشهد أنه أخذها ليحفظها ويردها على صاحبها، وعندئذ فلا يضمنها إن تلفت إلا بالتعدي عليها أو بمنع تسليمها لصاحبها عند الطلب.

والدليل على كونها أمانة أن أخذها بقصد حفظها لمالكها مأذون فيه شرعاً، قال النبي ﷺ: «من وجد لقطة، فليشهد ذوي عدل»[2] وهذا أمر يقتضي الوجوب كما هو المقرر في الأوامر كأصل عام، ولأن الملتقط إذا لم يشهد، كان الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه. ويكفيه للإشهاد أن يقول: «من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي». وكذلك تكون اللقطة أمانة إذا تصادق صاحب اللقطة والملتقط أنه التقطها ليحفظها للمالك.

---

(١) المغني: ٥/ ٢٠٦ وما بعدها، حاشية قليوبي وعميرة على المحلي شرح المنهاج: ٣/ ٢٠ ط صبيح.

(٢) رواه أحمد وابن ماجه وأبو داوود والنسائي والبيهقي والطبراني، وصححه ابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان من حديث عياض بن حمار.

فإن لم يشهد الملتقط، ولم يتصادق هو وصاحبها، وإنما قال الآخذ: أخذتها للمالك، وكذبه المالك، **يضمن اللقطة** عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الظاهر أنه أخذ اللقطة لنفسه، لا للمالك[١].

٢- **مذهب جمهور الفقهاء**: قال المالكية والشافعية والحنابلة: اللقطة أمانة، ولا يشترط الإشهاد على الالتقاط، وإنما هو أمر مستحب فقط. وإذا لم يشهد الآخذ فلا ضمان عندهم وعند أبي يوسف من الحنفية؛ لأن اللقطة وديعة، فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان، بدليل ما ثبت في حديث سليمان بن بلال وغيره أن النبي ﷺ قال: «إن جاء صاحبها، وإلا فلتكن وديعة عندك»[٢] ولم يأمر النبي عليه السلام بعض الصحابة وهما زيد بن خالد وأُبي بن كعب إلا بتعريف اللقطة دون الإشهاد[٣]، ومن المعلوم أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

وحينئذ يحمل الأمر بالإشهاد في الحديث الذي استدل به الحنفية على الندب والاستحباب فقط[٤].

وبناء على رأي أبي حنيفة ومحمد: لو أخذ الشخص اللقطة، ثم ردها إلى مكانها الذي أخذها منه، لا ضمان عليه في ظاهر الرواية؛ لأنه أخذها محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها، فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع، وصار كأنه لم يأخذها أصلاً.

وإذا أخذها وهو لا يريد ردها، ثم بدا له اعتبار آخر فردها إلى موضعها ثم سرقت ضمنها.

ولو أقر الملتقط أنه أخذ اللقطة ليتملكها لنفسه، لا يبرأ من الضمان، إلا بالرد

(١) المبسوط: ١١/ ١٢، فتح القدير: ٤/ ٤٢٣، البدائع: ٦/ ٢٠١، تبيين الحقائق: ٣/ ٣٠١، مجمع الضمانات: ص٢٠٩ وما بعدها.
(٢) رواه مسلم في صحيحه.
(٣) حديث زيد رواه البخاري ومسلم وأحمد. وحديث أُبي رواه مسلم وأحمد والترمذي.
(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٠٣ وما بعدها، الشرح الكبير: ٤/ ١٢١، القوانين الفقهية: ص٣٤٢، ٢/ ٤٠٧، المغني: ٥/ ٦٤٤، ٦٤٧، القواعد لابن رجب: ص٥٣، الإفصاح: ص٢٤٠.

على المالك، لأنه ظهر أنه أخذها غصباً، فكان الواجب ردها إلى المالك، كقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه».

ولو سلم الملتقط اللقطة إلى غيره من دون إذن القاضي، ضمنها، لأنه يجب عليه حفظها بنفسه بالتزامه الحفظ بالالتقاط.

وإذا لم يتمكن الملتقط من الإشهاد بأن لم يجد أحداً يشهده أو خاف على اللقطة من الظلمة فلا يضمن باتفاق الحنفية.

وقال **مالك**: لا ضمان على من رد اللقطة إلى موضعها، لما روي عن عمر أنه قال لرجل وجد بعيراً: «أرسله حيث وجدته». وهذه هو رأي تلميذه أشهب. وقال تلميذه الآخر ابن القاسم ورأيه هو المشهور عند المالكية: يضمن الملتقط اللقطة إذا ردها لموضعها أو لمكان آخر بعد أخذها للحفظ.

وقال **الشافعية والحنابلة**: إذا أخذ اللقطة إنسان، ثم ردها إلى موضعها، ضمنها؛ لأنها أمانة صارت في يده، فلزمه حفظها، فإذا ضيعها لزمه ضمانها، كما لو ضيع الأمانة.

الفصل الثالث

قواعد الضمان الفقهية

الكلام على قواعد الضمان حسبما صاغها الفقهاء له أهمية كبرى، إذ إن هذه القواعد في موضوعها كثيرة العدد بالنسبة إلى مجموع القواعد الفقهية، ومن جهة أخرى يحتاج المرء إلى الاعتماد عليها بكثرة في ضبط الأحكام المختلفة لمسائل الضمان ووقائع التعديات والأخطاء المتكررة يومياً في بحر الحياة التي تثير أعقد المشكلات المالية للتعويض عن الأضرار، وأدق المنازعات والخصومات الحادة بسبب المحاولات المتنوعة للتخلص من الالتزامات والمسؤوليات إزاء حقوق الآخرين، بالإضافة إلى أن هذه القضايا تشغل جانباً كبيراً من الدعاوى التي ترفع إلى القضاة والمحاكم في كل بلد.

وسنقصر كلامنا على شرح القاعدة وتوضيح معناها وإيراد الأمثلة عليها مما ينير الطريق أمام الباحث للإحاطة بمعالم نظرية الضمان أو التضمين المتداخلة في شتى الفروع الفقهية والموزعة هنا وهناك في كتب الفقهاء القدامى.

وسنبدأ بأهم قاعدة في موضوعنا وهي:

١- «**إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر**» (م ٩٠ مجلة).

المباشر: هو الذي حصل الضرر بفعله بلا واسطة، أي دون تدخل فعل شخص آخر مختار. وعرفه الحموي شارح الأشباه بقوله: «هو أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل مختار».

والمتسبب: هو الذي يحدث أمراً يؤدي إلى تلف شيء آخر حسب العادة إلا أن

التلف لا يقع فعلاً منه، وإنما بواسطة أخرى هي فعل فاعل مختار. وعرفه الحموي بقوله: «هو الذي حصل التلف بفعله، وتخلل بين فعله والتلف فعل مختار».

ومعنى القاعدة أنه إذا ترتب على فعل مؤذ ضرر بآخر، وكان قد اشترك في إحداث الضرر سبب بعيد ومباشر مؤثر في إيجاد الضرر، فإن المباشر هو المسؤول عن الضمان، حتى ولو كان السبب البعيد متصفاً بصفة التعدي، لأن المباشر هو علة الضرر في الواقع، أو هو المؤثر الأقوى في إحداث العدوان.

وأمّا دور السبب فهو ضعيف، ولم يستقل وحده بالخطأ إذا قيس بالفعل المباشر.

وعلى هذا فإن الضمان على المباشر إذا كان السبب لا ينفرد بالإتلاف إذا ترك وحده من دون مباشرة، وبعبارة أخرى إذا كان السبب لا يعمل بانفراده إتلافاً، أما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان.

ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية مع ملاحظة الاستثناءات التي سنذكرها[1]:

١- إذا حفر رجل بئراً تعدياً بأن كان الحفر في طريق عام من دون ترخيص إداري من السلطة الحاكمة، ثم جاء رجل آخر فدفع غيره في البئر، أو ألقى حيواناً فيه، ضمن الدافع أو الملقي، لأنه مباشر للتلف بالذات، وأما حافر البئر فهو متسبب فقط، لأن حفره وإن أفضى إلى التلف لكنه لا ينفرد بالإتلاف ما لم يوجد الدفع الذي هو المباشرة، وإذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الإتلاف فلا يضمن المتسبب مع المباشر؛ لأن الحفر لا يعمل بانفراده شيئاً من دون الإلقاء. فإذا سقط إنسان أو حيوان في البئر بنفسه ضمن الحافر لانفراد السبب بالإتلاف.

٢- إذا دل شخص سارقاً على مال إنسان، فسرقه، فالعقوبة والضمان على السارق، لأنه مباشر، ولا شيء على الدال، لأنه متسبب.

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٦ وما بعدها، ٢/ ٩٩، للسيوطي: ص١٤٥، البدائع: ٧/ ٢٧٥، المبسوط: ٢٦/ ١٨٥، الفروق: ٤/ ٢٧، القواعد لابن رجب: ص٢٨٥، مجمع الضمانات: ص١٤٨، ١٧٢، ١٧٨، ٣٥٩، جامع الفصولين: ٢/ ١١٠، ١١٢، ١١٥ وما بعدها، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٣، الفرائد البهية في القواعد الفقهية: ص١٨٤، ١٩٣، ٣١٣ وما بعدها.

ويلاحظ أن السرقة وإلقاء الحيوان هو فعل فاعل مختار، فيتعلق الحكم (وهو التضمين) بهما، فليست الدلالة أو الحفر علة للتلف، وإنما علته سوء اختيار الفاعل.

أما لو دل الوديع لصاً على الوديعة، ومكانها، فسرقها، فالضمان على الوديع، لأن الدلالة في هذه الحالة إخلال بواجب التزمه في عقد الإيداع وهو المحافظة على الوديعة، فكانت دلالته خيانة أو تقصيراً بواجبه في الحفظ، أو تركاً للحفظ.

٣- من دفع إلى صبي سكيناً أو سلاحاً ليمسكه، فقتل به نفسه، فلا ضمان على الدافع، لأنه متسبب، وإنما الضمان على نفس الصبي لأنه مباشر، إلا أن متأخري الحنفية قالوا: المختار أنه يضمن.

٤- إذا حل شخص رباط دابة في بيت مغلق، وفتح آخر غيره الباب، فخرجت، فالضمان على الفاتح وحده لأنه المباشر.

ما يستثنى من هذه القاعدة:

قد يضمن المتسبب وحده دون المباشر، وقد يضمنان معاً.

أولاً- تضمين المتسبب وحده:

يضمن المتسبب وحده إذا كان متعدياً، وتعذر تضمين المباشر لكونه غير مسؤول، أو غير موجود أو غير معروف، كما في الأمثلة الآتية[1]:

١- لو دفع شخص إلى صبي سكيناً ليمسكه له، **فوقع عليه** فجرحته، كان الضمان على الدافع، لأن السبب هنا يشتمل على معنى التعدي لكون الصبي لم يباشر فعلاً معيناً فهو غير مسؤول، والسكين بطبيعتها آلة جارحة.

---

(١) المبسوط: ١٦/ ١٤ وما بعدها، ٢٦/ ١٨٥، والبدائع: ٧/ ٢٧٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٧، مجمع الضمانات: ص١٦٩، ٤٥٨، المهذب: ٢/ ١٩٣، الفرائد البهية في القواعد للشيخ الحمزاوي: ص١٩٤، ٣١٤، النظرية العامة للموجبات للدكتور المحمصاني: ١/ ١٩٢.

ومثله: صبي ابن ثلاث سنين، وحق الحضانة للأم، فخرجت وتركت الصبي، فوقع في النار، تضمن الأم.

٢- لو ساق إنسان دابة، فوطئت إنساناً أو مالاً بقوائمها وثقلها ضمن السائق ما أتلفته الدابة، لأن السبب انفرد بالتأثير، ولم يتوسط بينه وبين التلف فعل فاعل مختار.

قال السرخسي: وإذا ساق الراعي الغنم أو البقر، فتناطحت، فقتل بعضها بعضاً، أو وطئ بعضها بعضاً من سوقه:

فإن كان الراعي خاصاً والغنم لإنسان واحد، فلا ضمان عليه، لأنه مأذون بالسوق، ومن المعروف أن الأجير الخاص لا يكون ضامناً ما يتلف بعمل مأذون فيه.

وإن كانت الغنم لأكثر من شخص، أو كان الراعي مشتركاً، فهو ضامن ما يتلف، لأن الأجير غير المشترك متسبب بالإتلاف؛ لأنه سائق الدابة التي وطئت، وأما الأجير المشترك فلأن هذا من جناية يده.

وإذا ساق الراعي الماشية، فعطبت واحدة، أو وقعت في نهر فعطبت، فهو ضامن، لأنه أجير مشترك.

والقاعدة في تضمين المتسبب هي: «**يضاف الفعل إلى المتسبب إن لم يتخلل واسطة**» ومن أمثلتها المشابهة لمثال السائق ما يأتي:

- رجل حمل ناراً، فوقع منها شيء على ثوب إنسان، كان ضامناً.

- لو ربط شخص دابة فجالت وأتلفت شيئاً، كان ضامناً.

- إذا كان الحداد يطرق حديداً، فخرجت نار، فوقع منها شيء على ثوب إنسان، كان ضامناً.

- لو طرح رجل على قارعة الطريق حية، فلدغت إنساناً بمجرد إلقائها فعطب، فهو ضامن، لأنه متعدٍ في هذا السبب. فإذا مشت الحية، ثم لدغت أحداً، لم يضمن المتسبب، لأنه قد تخللت واسطة في ذلك.

ومثل ذلك لو ألقى رجل عقرباً أو زنبوراً ونحوهما على حيوان أو إنسان فأتلفه يكون الذي ألقى ضامناً، وهكذا فإن **إلقاء الهوام يوجب الضمان.**

٣- يضمن الشهود الزور ما تسببوا به من ضياع المال على المشهود عليه، ولا يسأل الحاكم مع أنه المباشر وهم المتسببون، لأنه معذور في حكمه.

٤- رجل أحدث شيئاً في الطريق من دون حق، فعثر به إنسان فوقع على إنسان آخر، فعطب الثاني، أو الاثنان معاً، كان الضمان على المحدث ذلك.

وكذلك لو دفع إنسان رجلاً على آخر فعطب الآخر، كان الضمان على الدافع، لأن المدفوع كالآلة، والقاعدة في هذين المثالين هي «**المدفوع كالآلة في الضمان**».

٥- إذا زلق شخص بماء المطر، فوقع في بئر حفره إنسان من دون حق، فعطب، كان صاحب البئر ضامناً، لأنه متسبب، ولم يوجد مباشر مسؤول عن وضع الماء.

٦- لو عثر شخص بحجر لم يعرف واضعه فوقع في بئر، يكون حافر البئر ضامناً، لتعذر معرفة المباشر، وصاحب البئر متسبب.

ثانياً- تضمين المتسبب والمباشر معاً:

يضمن المتسبب مع المباشر إذا كان للسبب تأثير يعمل بانفراده في الإتلاف متى انفرد عن المباشرة. وذلك كما لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب عليها، فالضمان عليهما، لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلف، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها.

وكذلك إذا نخس شخص الدابة بأمر راكبها، فوطئت إنساناً، فمات، يكون الضمان على الاثنين؛ لأن الناخس بمنزلة السائق. فإن فعل ذلك في مكان مأذون فيه كالطريق العام أو في موضع أذن فيه بالوقوف، فنفحت برجلها إنساناً، فقتلته، فلا ضمان على أحد، لأنه فعل فعلاً يملكه الراكب، ولو فعل الراكب لا يضمن ما أصابت الدابة بالرجل[١].

---

(١) تحفة الفقهاء: ٣/ ١٩٣.

أما إذا نخسها من دون أمر الراكب، فضربت بيدها أو برجلها أحداً فمات، أو كدمت أو صدمت إنساناً على الفور، أو وثبت وألقت الرجل، كان الضمان على الناخس دون الراكب[1].

وقد ذكرنا سابقاً أمثلة أخرى، والخلاصة أن المتسبب والمباشر يشتركان في الضمان إذا تعادلت قوة التسبب والمباشرة: بأن كان السبب مما يعمل بانفراده، ويختص المتسبب بالضمان إذا كان فعله أقوى من المباشرة، وفيما عدا ذلك يكون الأصل العام هو تقديم المباشر على المتسبب.

قاعدة المتسبب والمباشر عند الحنابلة: اتفق الفقهاء من حيث المبدأ على قاعدة تقديم المباشر على المتسبب، واختلفوا أحياناً في تقدير التسبب والمباشرة[2]، وقد صاغ ابن رجب الحنبلي هذه القاعدة مع استثناءاتها فقال[3]:

«إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، سواء أكانت ملجئة إليه أم غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان، فالأقسام ثلاثة».

وهذه الأقسام كما يفهم من كلام ابن رجب هي:

١- **تضمين المباشر وحده:** كأن يحفر رجل بئراً عدواناً، ثم يدفع غيره فيها إنساناً، أو يلقي فيها مالاً، فيتلف، فالضمان على الدافع وحده. ولو فتح شخص قفصاً، فاستقر الطائر فيه بعد فتحه، فجاء آخر، فنفره، فالضمان على المنفر وحده. ولو رمى شخص غيره من مكان شاهق، فتلقاه آخر بسيف فقدّه به، فالقاتل هو المتلقي دون الرامي. وهذا هو مقتضى القاعدة والأصل العام فيها.

---

(١) الدر المختار: ٥/ ٤٢٨.

(٢) تبيين الحقائق: ٦/ ١٥٠، الدر المختار: ٥/ ٤٢٩، مختصر خليل والشرح الكبير: ٤/ ٢٤٣، ٢٤٦، الوجيز وتهذيبه: ٢/ ٢٠٦، ٢٠٨، بداية المجتهد: ٢/ ٣١١، ٣٨٨، ٤٠٩، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٣٩، الميزان: ٢/ ١٤٢، المغني: ٧/ ٦٤٥، ٧٥٥، ٨٢٢، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، المحلى: ١/ ٦٣٦.

(٣) القواعد: ص٢٨٥، القاعدة ١٢٧، المغني: ٧/ ٨٢٢ وما بعدها، ٨/ ٣٣٨ وما بعدها.

٢- **تضمين المتسبب وحده:** وذلك إذا كانت المباشرة لا عدوان فيها، مثل أن يقدم شخص لآخر طعاماً مسموماً عالماً بالسم، فأكله جاهلاً بوجود السم فيه، فالقاتل هو المقدم، وعليه القصاص، أو الدية عند العفو. ولو حكم الحاكم بقتل إنسان بشهادة زور، ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب، فالضمان والقصاص عليهم دون الحاكم.

ولو أكره شخص غيره على إتلاف مال الغير، فالضمان على المكره في أحد الوجهين عند الحنابلة. وفي الوجه الثاني: الضمان على المكره والمستكره.

٣- **تضمين المتسبب مع المباشر:** وذلك إذا كان في المباشر عدوان، كما في الإكراه على القتل، فالمذهب عند الحنابلة اشتراك المكره والمستكره في القصاص والضمان، لأن الإكراه ليس بعذر في القتل. وكما في إمساك المقتول، فإن الممسك مع القاتل يشتركان في الضمان والقصاص في إحدى الروايتين عند الحنابلة. وفي الرواية الأخرى: يختص المباشر بالعقوبة ويحبس الماسك حتى يموت.

ولو حفر رجل بئراً عدواناً في الطريق، فوضع آخر إلى جانبها حجراً، ففي رواية عند الحنابلة: يختص الواضع بالضمان كالدافع غيره في البئر، وفي رواية أخرى: يشترك الاثنان في الضمان كما في حالة الممسك مع القاتل. أما لو كان الحافر غير متعدٍّ في الحفر، فالضمان على الواضع وحده.

ولو دل الوديع لصاً على الوديعة، فسرقها، فالضمان عليهما عند الحنابلة.

والخلاصة: أن اشتراك المتسبب مع المباشر في الضمان مشروط عند الحنفية والشافعية بأن يكون السبب مما يعمل بانفراده. وعند المالكية والحنابلة مشروط بأن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، كما قال ابن رجب بحيث لو تخلفت السببية لزالت علة الإتلاف، كما هو الحال في جريمة الاشتراك بالقتل أو السرقة ونحوهما من الجرائم[١].

---

(١) انظر المسؤولية التقصيرية بين الفقه والقانون للدكتور فيض الله: ص٣٣٧.

٢- «المباشر ضامن وإن لم يتعمد» (م ٩٢ مجلة).

المباشر كما ذكرنا: هو الذي يحصل الضرر بفعله بلا واسطة.

والأصح أن يقال في هذه القاعدة: «وإن لم يتعد» إذ لا عبرة للقصد الجنائي في ضمان الأموال، وإن الخطأ والعمد فيها سواء، ولذا فيلزم بالتضمين من لا قصد له كالصبي والمجنون، إذ لا يتصور منهما قصد ولا عمد. وهذا ما يميز المباشر عن المتسبب، ففي التسبب يشترط للتضمين وجود التعدي، وفي المباشرة لا يشترط التعدي[(١)]، فالمباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعدياً[(٢)]، كما سنذكر في القاعدة التالية.

وعلى هذا فمن أتلف مالاً أو نفساً أو عضواً، سواء أكان متعمداً أم مخطئاً، رجلاً أم صبياً، في ملكه أم في غير ملكه فهو ضامن (م٩١٢، ٩١٦ مجلة) ولا فرق في الخطأ بين أن يكون في نفس الفعل كأن يقصد الرامي إصابة طائر فيصيب بهيمة، أو في ظن الفاعل كأن يتصور الرامي أن الهدف جماد، فإذا هو إنسان أو حيوان، أو في حالة النوم كأن ينقلب نائم على مال فيتلفه. وهكذا تجب الدية في جميع صور القتل الخطأ، كما يجب ضمان المتلفات على زعم أن الشيء مال للمتلف (م٩١٤ مجلة).

الأمثلة[(٣)]:

١- لو وضع شخص شيئاً على طريق الناس لعذر، فعثر به إنسان فسقط، وهلك ذلك الشيء من غير قصد منه، يضمن العاثر. ولو ألقى شخص قشراً في الطريق، فزلقت به دابة، ضمن، إذ لم يؤذن في ذلك شرعاً، فيضمن ما تولد عنه. وإذا زلق أحد وسقط على مال آخر وأتلفه ضمن (م٩١٣ مجلة).

---

(١) تبيين الحقائق: ٦/ ١٥٠، الأشباه لابن نجيم: ٢/ ٧٨، مجمع الضمانات: ص٤٢٣، درر الحكام: ٢/ ٢٧٣، الفروق: ٤/ ٣١.

(٢) مجمع الضمانات: ص١٤٦.

(٣) مجمع الضمانات: ص١٤٦-١٥٤، ١٦١، ١٦٥، جامع الفصولين: ٢/ ١١٣، ١٢٤وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٩.

٢- رمى شخص سهماً إلى هدف في ملكه، فتجاوزه وأتلف شيئاً لغيره، ضمن.

٣- طارت شرارة من دكان حداد، فأحرقت ثوب رجل يمر في الطريق، ضمن الحداد.

٤- إذا انقلب النائم على متاع، فكسره، يجب الضمان، ولو سقط إنسان من حائط على إنسان في الطريق، فقتله، كان ضامناً دية المقتول كما لو انقلب نائم على إنسان فقتله، فإنه يكون ضامناً.

وهكذا «على الأعلى ضمان الأسفل إن مات الأسفل به في الأحوال كلها» لأن الأعلى مباشر قتل الأسفل.

٥- صبي بال على سطح، فنزل من الميزاب، وأصاب ثوباً فأفسده، غرم الصبي.

٦- رجل أحرق صك رجل، أو دفتر حسابه، يضمن قيمة الصك مكتوباً.

٧- جلس رجل على ثوب آخر بغير إذنه، فقام صاحب الثوب وتخرق، يضمن الجالس. ولو كان القصار يدق شيئاً في دكانه، فانهدم حائط الجار، يضمن، لأنه مباشر.

٨- أشرفت سفينة على الغرق، فألقى بعضهم متاع غيره في الماء حتى خفت، ضمن قيمته في تلك الحال.

٩- حفر رجل نهراً في غير ملكه، فانبثق الماء من ذلك النهر وغرّق أرضاً أو قرية، كان ضامناً، لأنه أسال المال في غير ملكه، فيضمن. ولو تعدى أحد برش الطريق ضمن، وإلا فلا يضمن بأن رش كالمعتاد لدفع الغبار.

٣- «المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد» (م٩٣ مجلة):

المتسبب كما أسلفنا: هو من يفعل فعلاً يؤدي إلى ضرر ما، ولكن بواسطة أخرى. والتعمد: هو فعل الشيء بقصد الضرر. وأما التعدي فهو فعل السبب بغير حق، فهو أعم من التعدي، ويكون سبباً للضمان سواء تعمد أم لا.

والأصح أن يقال في هذه القاعدة كما ذكرنا فيما قبلها: «**إلا بالتعدي**» وذلك لأن شرط تضمين المتسبب هو وجود التعدي[١] سواء أكان بقصد أم لا.

والتعدي يكون بتجاوز حدود الحق المسموح به شرعاً أو عادة، فكل فعل أدّى لإلحاق ضرر بالغير بغير حق، كان سبباً موجباً للضمان، فإن لم يكن هناك تعدٍّ فلا ضمان على المتسبب، ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية[٢]:

١- من حفر حفرة في ملكه، فوقع فيها إنسان، لم يضمنه، أما لو كان الحفر في غير ملكه، بأن كان في الطريق العام من دون ترخيص الحاكم، أو في ملك الغير، أو في ملك نفسه مع إهمال بعض الشروط الواردة في الترخيص الرسمي، ضمن ما يقع في الحفرة من نفس أو مال (انظر المادة ٩٢٤ مجلة).

٢- في حقوق الجوار: هدم شخص جداره، فسقط على جدار جاره فانهدم، لا يضمن. ولو هدم بيت نفسه، فانهدم به بيت جاره، وطلب منه جاره قيمة البناء، لا يضمن.

ولو اتخذ رجل بئراً في ملكه أو بالوعة، فوهن منها حائط جاره، وطلب منه جاره تحويله، لم يجب عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن، لأن المتسبب في هذه الحالات غير متعد.

ولو نقب رجل حائط إنسان بغير إذن مالكه، فسرق منه شيء، لم يضمن الناقب، لأنه متسبب، والسارق مباشر، ويقدم المباشر على المتسبب كما عرفنا.

٣- من قطع حبل قنديل فسقط، أو فتح باب القفص، فطار الطير منه، أو حل رباط دابة أو فتح باب إصطبلها، فخرجت الدابة، أو شق زق سمن ولو كان جامداً حينئذ، فسال الدهن، ضمن على الرأي الراجح عند الحنفية، لوجود التعدي. ولو

---

(١) نصت المادة ٩٢٤ من المجلة على ذلك: «يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان: يعني ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلاً مفضياً إلى ذلك الضرر بغير حق...».

(٢) المبسوط: ٢٦/١٨٦، ٢٧/٢٢، مجمع الضمانات، المكان السابق، ١٥٧، تبيين الحقائق: ٦/٤٣، ١٤٩، جامع الفصولين: ٢/١١٥ وما بعدها، ١٢٤ وما بعدها، الدر المختار: ٥/٣١٧، البدائع: ٧/٢٧٤، مغني المحتاج: ٤/٨٠.

سد أحد ماء أرض لآخر، فيبس الزرع أو الشجر، أو أفاض الماء على أرض الغير فتلفت المزروعات، يكون ضامناً (م ٩٢٢ مجلة).

٤- إذا نفرت دابة بسبب إطلاق رصاص على طائر، فتلفت أو انكسرت إحدى قوائمها أثناء فرارها، لا يضمن الصياد لعدم تعديه. فإن أطلق الرصاص بقصد تخويف الحيوان وإجفاله، فهرب وتلف، ضمن (م٩٢٣ مجلة).

٥- لو أوقد شخص ناراً في يوم الريح، وهو يعلم أن الريح تهب بها إلى مال غيره، فتتلفه، ضمن لتعمده إضرار الآخرين.

ولو أسال الماء إلى أرض نفسه، وهو يعلم أن أرضه تحمل مقدار الماء، لم يضمن إذا سقاها سقياً معتاداً، لأنه متسبب غير متعد، وإلا فيضمن.

ولو أحرق رجل في أرضه شوكاً أو تبناً، فذهبت الريح إلى أرض جاره، وأحرقت زرعه: فإن كانت النار بعيدة من أرض الجار على نحو لا يصل إليه شرر النار عادة، فلا ضمان عليه، لأن التلف حصل بفعل النار وهو جبار أي هدر. أما لو كانت النار قريبة من أرض الجار على نحو يصل إليه شرار النار غالباً، فإنه يضمن، لأن له الإيقاد في ملك نفسه، لكن بشرط السلامة للآخرين.

٦- من سقى أرضه، فتعدى الماء إلى أرض جاره: فلو أجرى الماء في أرضه إجراء لا يستقر في أرضه، وإنما يستقر في أرض جاره، ضمن، لأن هذا دليل على وجود التعمد والتعدي. أما إذا كان الماء يستقر في أرضه، ثم يتعدى إلى أرض جاره، فإن طلب منه جاره منع الماء بواسطة ممكنة، ولم يفعل، ضمن، وإن لم يطلب منه ذلك لم يضمن.

وكذلك يضمن إذا كانت أرض جاره أخفض من أرضه، وكان يعلم أنه لو سقى أرضه، نفذ الماء إلى أرض جاره، ضمن.

٧- رجل رأى صبياً على حائط، أو شجرة، فصاح به الرجل، وقال له: «قع» فوقع الصبي ومات، ضمن القائل ديته. ولو قال: «لا تقع» فوقع، ومات، لا يضمن.

ولو صاح مجنون بدابة شخص، فجفلت ووقع الراكب أو الحمل فتلف، كان ضامناً المال، وإن لم يكن عنده قصد الإضرار، إلا أنه متعدٍّ، لكن لا يعاقب عقوبة بدنية.

والخلاصة: أن المقصود **بالتعمد** في هذه القاعدة والتي سبقتها هو **التعدي** وليس «**القصد**».

٤- «يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مُجبِراً» (م٨٩ مجلة).

إن الذي يقضي به المنطق ويقره التشريع السماوي والوضعي أن المسؤول عن أفعال التعدي هو الذي صدر منه الفعل وباشره في الواقع لقوله تعالى: ﴿فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ﴾ [الشورى: ٤٢/ ٣٠] ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾﴾ [المدثر: ٧٤/ ٣٨] لكن الضرورة تقضي أيضاً[١] بأن التعدي إذا وقع بناء عن إكراه، فيسأل المكره عنه، لأن المستكره يكون حينئذ كالآلة المطواعة بيد المكره الآمر.

فالمراد بالفعل هنا هو التعدي على الأموال أو الأنفس، والفاعل هو المباشر لفعل التعدي، والمجبر: هو الآمر المكره على ارتكاب فعل بغير حق ولا رضا، ويتوضح ذلك بالأمثلة الآتية[٢]:

١- لو أمر شخص غيره بإتلاف مال إنسان، أو بقتله، فنفَّذ الأمر الصادر إليه، كان المأمور هو المسؤول عن الجريمة الحادثة؛ لأن الأمر بالتصرف في مال الغير باطل، ولأن الإباحة لا تجري في النفوس، ويسقط القصاص للشبهة، إلا أن يكون المأمور مكرهاً على ارتكاب الفعل بالإكراه الملجئ، فيسأل المكره حينئذ (م١٠٠٧ مجلة) وأمر السلطان في حكم الإكراه، إذ المأمور يعلم عادة أنه يعاقب إن لم يمتثل أمره، فيضمن السلطان لا مأموره.

قال في الدر المختار[٣]: الآمر لا ضمان عليه إلا في ستة: إذا كان الآمر سلطاناً أو سيداً أو أباً أو المأمور صبياً، أو عبداً أمره بإتلاف مال غير سيده، وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر، ورجع على الآمر.

(١) انظر نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٨٢.
(٢) جامع الفصولين: ٢/ ١٠٧-١١٠، مجمع الضمانات: ص١٥٤-١٦٠، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٥، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٥٠، ٤١٨.
(٣) جامع الفصولين: ٥/ ١٥٠ نقلاً عن الأشباه والنظائر لابن نجيم.

٢- ومن أمر غيره بإجراء عقد، كان المأمور هو المسؤول عن تنفيذ مقتضى العقد، إلا إذا تم العقد بإكراه، فيسأل عنه المكره، ويكون الأمر باطلاً لاغياً.

٣- من أمر غيره بأخذ مال الغير، ضمن الآخذ، لا الآمر، إذ الأمر لم يصح، قال الحنفية: «وفي كل موضع لم يصح الأمر، لم يضمن الآمر» وإنما يضمن المأمور؛ إلا إذا كان مغرراً به. ولهذه القاعدة أمثلة هي:

- إذا أمر رجل صبياً بتخريق ثوب إنسان، أو بقتل، فالضمان مبدئياً في مال الصبي، ثم يرجع الصبي بقيمة الضمان على الآمر، لتغريره إياه؛ لأنه قاصر العقل، وقد غره الآمر، فكان هو في حكم الآلة.

- لو قال شخص لغيره: «احفر لي في هذا الحائط» أي البستان أو قال: «في حائطي» وكان الحائط لغيره، فحفر جاهلاً بذلك، فالضمان مبدئياً على الحافر، ويرجع بقيمته على الآمر، لتغريره إياه، وإيهامه له بأن الحائط مملوك له بدليل قوله «لي» الموهم بتملكه للحائط.

ومثل ذلك ما إذا قال الآمر: «احفر هذا الحائط» ولم يقل «لي» إلا أنه كان ساكناً في الدار، فيعد الأمر تغريراً أيضاً، لأنه من علامات الملك، وإلا فلا يرجع المأمور على الآمر بالضمان: لأن الأمر لم يصح بزعم المأمور.

- لو أمر شخص آخر بذبح شاة، فذبحها، ثم تبين للذابح أن الشاة ملك الغير، فالضمان على المأمور أولاً، ثم يرجع به على الآمر لتغريره إياه.

والخلاصة: أن المسؤول عن الضمان هو المباشر للفعل غير المشروع إلا في أحوال أربعة يضمن فيها الآمر وهي:

١- حالة تنفيذ الأمر بالإكراه الملجئ: وهو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة ولا اختيار. والكلام على الإكراه يحتاج إلى تفصيل ليس هنا محله[١].

(١) راجع ما سبق: ص٧٤، والفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد: ٢/ ١٩٤، ونظرية الضرورة الشرعية ص٨٢ للمؤلف. وخلاصة ذلك أن الإكراه الملجئ على إتلاف مال الغير موجب للضمان على الآمر لا الفاعل، وفي الإكراه غير الملجئ يكون الضمان على الفاعل. وإذا كان الفعل لا يقع بغير الفاعل كالأكل، فالضمان على الفاعل لا الآمر مهما كان نوع الإكراه.

٢- تنفيذ أمر الحاكم الذي يخاف منه، لأن أمره إكراه وقانون واجب الطاعة، ويعذر به الفاعل استثناء من القاعدة الشرعية: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق».

٣- تنفيذ أمر الأب فيما يسوغ له شرعاً.

٤- تنفيذ الأمر بتغرير وخداع من الآمر.

وقد رأيت أن حصر هذه الحالات بأربع يغني عما ذكره فقهاء الحنفية من قولهم: «إن الآمر لا ضمان عليه بالأمر إلا في ستة: إذا كان الآمر سلطاناً، أو أباً، أو سيداً، أو المأمور صبياً أو عبداً لغيره أمره بإتلاف مال غير سيده، وإذا أمره بحفر باب في حائط الغير غرم الحافر ورجع على الآمر» وزاد بعضهم عليها فأوصلها إلى ثمانية[1] إلا أن حالة التغرير يدخل تحتها ما لم أذكره.

٥- «الضرر يزال» (م٢٠مجلة)

هذه القاعدة هي الأساس في وجوب ضمان المتلفات، فعلى المتلف ضمان ما أتلف وتعويض الضرر الواقع، إزالة لآثاره وترميماً لنتائجه.

وهي أيضاً أساس لكثير من أحكام الفقه، فمن ارتكب فعلاً غير مشروع، أو قام بفعل مشروع ترتب عليه ضرر بالآخرين، فيجب إزالته كرد المبيع بالعيب أو بغبن فاحش مع التغرير، أو لتفرق الصفقة، أو لعدم الرؤية، وكالحجر على المدين المفلس والمفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري[2] المفلس، وكالجبر على القسمة لدفع ضرر الشيوع، ومشروعية الشفعة لدفع ضرر القسمة عن الشريك، ودفع ضرر الجار السوء عن الجار، وتشريع عقوبات الحدود والقصاص والكفارات منعاً من أذى وإفساد المجرمين وتجويز فسخ الزواج بسبب العيوب أو للإعسار بالنفقة أو لغيبة الزوج في مذهب المالكية والشافعية، ووجوب تعيين الحكام

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٨، الدر المختار، المكان السابق، مجمع الضمانات: ص١٥٨.

(٢) المكاري: هو مؤجر وسائط النقل كالسيارات والعجلات والدواب.

والقضاة لفصل الخصومات وإقامة العدل، وإباحة دفع الصائل أو الدفاع عن النفس والمال ونحوهما، والإذن بقتال الأعداء حفاظاً على كيان الأمة ومنعاً من الظلم وإقرار الحرية ومنع الفتنة في الدين، ونحو ذلك[١].

ومن الأمثلة على هذه القاعدة في مجال الحقوق المدنية:

١- من فتح نافذة في داره بحيث تطل على مقر نساء جاره، يحكم عليه بوجوب سدها إزالة للضرر.

٢- إذا تدلت أغصان شجرة على دار الجار، ومنعت عنه الهواء والنور، يحكم عليه بقلع الشجرة، أو تقليم أغصانها حسب الأحوال.

٣- من بنى بناء سدَّ به النور والهواء على جاره، فيؤمر برفع هذا الضرر.

٤- يجوز للقاضي بيع أموال المدين لوفاء ديونه.

٥- للشريك الذي أنفق نفقة لإعادة بناء مشترك مع آخر أن يحبس العين تحت تصرفه حتى يستوفي قيمة النفقات التي أنفقها.

ومن المعروف أن هذه القاعدة مفرعة عن قاعدة أخرى هي نص حديث نبوي ثابت وهي: **«لا ضرر ولا ضرار»**[٢] (م١٩ مجلة).

والمقصود **بالضرر**: هو إلحاق مفسدة بالغير، والحديث يطالب بمنع وقوع الضرر مطلقاً، فلا يجوز للإنسان إضرار غيره سواء تعمد الإضرار، أم وقع الضرر أثناء القيام بفعل مشروع، فلا يجوز للمالك التصرف في ملكه بحيث يضر غيره، ولا يجوز بيع شيء وإخفاء العيب الذي فيه.

والمقصود **بالضرار**: هو مقابلة الضرر بالضرر، فالحديث يمنع المقابلة بالضرر، فلا يباح الثأر للقتيل منعاً من انتشار القتل، ولا يجوز مقابلة الإتلاف بمثله، فمن

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/١١٨، ١٢١، للسيوطي: ص٧٦.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً، وأخرجه الحاكم في المستدرك وابن ماجه والبيهقي والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري، وأخرجه ابن ماجه والبيهقي والطبراني وعبد الرزاق من حديث ابن عباس، ورواه ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت، قال الشوكاني (نيل الأوطار ٥/ ٢٦٠): وهو حديث مشهور.

أتلف ماله لا يحل له شرعاً إتلاف مال المتعدي[1]، لأن الإتلاف لا يجبر التلف الحاصل، وإنما يوسع دائرة الضرر من دون فائدة، لذا فإنه يجب تعويض التلف بتقديم المثل أو القيمة محافظة على الأموال من الضياع[2]، والإسلام يكره إضاعة المال، قال عليه السلام: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنعاً وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال»[3].

٦- «تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره».

هذه القاعدة مستمدة من الحديث النبوي السابق ذكره: «لا ضرر ولا ضرار» وهي أساس واضح لنظرية «منع التعسف في استعمال الحق» التي أخذ بها الحنفية وغيرهم استحساناً، وهي القاعدة المنظمة لحقوق الجوار.

ومعناها أن الإنسان عليه مراعاة حقوق جاره، فلا يلحق به ضرراً. فمن كان مالكاً لشيء، له أن يتصرف فيه أي تصرف شرعي من بناء الجدران، وحفر الحفر، وإعلاء البناء ونحو ذلك، بشرط عدم إلحاق ضرر فاحش بالغير.

والضرر الفاحش: ما يترتب عليه هدم البناء أو وهنه، أو منع المنافع المقصودة منه.

وأما الضرر اليسير كرفع البناء بحيث لا يسد الضوء ولا يمنع الهواء بالكلية عن جاره، فله فعله، لأنه لا يمكنه الاحتراز منه.

وينبني على ذلك ما يأتي[4]:

---

(١) نصت المادة (٩٢١ من المجلة) على ما يأتي: «ليس للمظلوم صلاحية أن يظلم آخر بما أنه ظلم، مثلاً: لو أتلف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلف ماله، يكونان ضامنين، وكذا لو أتلف زيد مال عمرو الذي هو من قبيلة طي بما أن بكراً الذي هو من تلك القبيلة أتلف ماله، يضمن كل منهما المال الذي أتلفه، وكذا ليس لمن أخذ دراهم زيوفاً من أحد صلاحية صرفها للآخر».

(٢) راجع أعلام الموقعين: ١/ ٣٢٧، ٢/ ١٠٤.

(٣) متفق عليه بين البخاري ومسلم من حديث المغيرة بن شعبة.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ١٩٠ وما بعدها، جامع الفصولين: ٢/ ١٢٥، شرح مرشد الحيران للمرحوم الأبياني والسنجلقي: ١/ ٤٥، المسؤولية المدنية والجنائية للمرحوم الشيخ محمود شلتوت: ص٢٣.

١- إذا كانت الحفريات من أجل البناء تؤدي إلى انهدام بيت الجار، فيجب اتخاذ الاحتياطات للوقاية من ذلك.

٢- إذا تسرب الماء إلى دور الجيران بسبب خلل في مجاري المياه، أو بسبب بالوعة، وجب إزالة ذلك.

٣- لو حفر إنسان بئراً في أرضه، فأدى إلى نضوب ماء بئر الجار، وجب سد ماء البئر في مذهب الحنابلة. ولا شيء عليه عند الحنفية لأن الماء الموجود تحت الأرض غير مملوك لأحد، وهذا ما أخذت به المجلة (م١٢٨٨).

٤- إذا كان دخان الأفران والمعامل أو رائحة المعاصر يضر ضرراً بالغاً بالجيران بحيث لا يحتمل عادة، وجب إزالته دفعاً للضرر الفاحش.

٥- يجب سد النوافذ المحدثة من دون إذن إذا كانت تطل على نساء الجيران، ولو كان لصاحبها مصلحة، لأن درء المفاسد في كل ما ذكر ونحوه مقدم على جلب المصالح.

٦- ترث عند الحنفية المرأة المطلقة من زوجها طلاق فرار بأن طلقها طائعاً طلاقاً بائناً في مرض موته بغير رضاها، ومات قبل انقضاء عدتها، لأن هذا الطلاق تعسفي، وقد ألحق ضرراً فاحشاً بها، فيعامل بنقيض مقصوده.

وهو مذهب الحنابلة تماماً، وكذلك مذهب المالكية ولو بعد انتهاء العدة.

٧- «لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه» (م٩٦ مجلة) «لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي» (م٩٧ مجلة):

معنى القاعدة الأولى أنه لا يحل شرعاً لإنسان أن يتصرف في أموال الآخرين من دون إذن أصحابها، سواء أكان التصرف فعلياً أم قولياً. وكان ينبغي صياغة القاعدة على هذا النحو: **«لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن ولا ولاية ولا ضرورة»**، حتى يشمل الكلام حال التصرف بالولاية أو الوصاية أو الضرورة، ففي هذه الأحوال يجوز التصرف في مال الغير للإذن الشرعي بذلك، ومثله الإذن

العرفي، والإذن دلالة(١). فمن كان ولياً أو وصياً على مال قاصر فله التصرف فيه، ومن اضطر إلى أخذ مال الغير ليأكله حفاظاً على نفسه من الهلاك بسبب الجوع، أو اضطر إلى هدم حائط أو منزل لجاره بإذن الحاكم تطويقاً لحريق نشب في داره ومنعاً لسرايته إلى دور الآخرين، فإنه يجوز له ذلك شرعاً.

والراعي إذا ذبح شاة لا ترجى حياتها فلا يضمنها، لتعارف الناس ذلك، بخلاف الأجنبي إذا رأى شاة إنسان قد أشرفت على الهلاك فذبحها فإنه يضمنها لأنه غير مأمور بالحفظ. والضيف له أن يستعمل إناء المضيف للشرب ونحوه للإذن بذلك دلالة.

قال الحنفية: وكذلك كل المسائل الاستحسانية، أي التي يثبت الإذن فيها دلالة استحساناً لا ضمان فيها، فللوديع أن ينفق على أبوي المودع بغير إذنه إذا كان في مكان لا يمكنه فيه استطلاع رأي القاضي، ولا ضمان عليه استحساناً. وإذا مات بعض الرفقة في السفر فباعوا أمتعته وجهزوه بثمنها، أو أغمي عليه فأنفقوا عليه من ثمن متاعه، لم يضمنوا استحساناً.

وفي غير هذه الحالات لا يجوز التصرف في مال الغير.

أ- فالتصرفات الفعلية في ملك الغير كالركوب واللبس ووضع الجذوع على الجدران ودخول الدار والمرور بالأرض والزرع والحفر والهدم والاستخدام والاستهلاك ونحو ذلك من دون حق: تعتبر تعدياً كالغصب مستوجباً لضمان الضرر الواقع، وللمالك المنع من هذه التصرفات واسترداد ملكه، كما أن له إجازة الفعل، لأن الإجازة تلحق الأفعال كالأقوال، فالتصرف الفعلي بلا إذن المالك إذا أجازه المالك انقلب مأذوناً(٢).

ب - والتصرفات القولية كالتعاقد من دون إذن على أموال الآخرين بالبيع والإجارة والرهن والإعارة والإيداع والصلح والهبة ونحو ذلك من عقود

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٩٨، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٤٠، مجمع الضمانات: ص١٤٣، الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص١٩١.

(٢) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٦٥٣، الدر المختار: ٥/ ١٣٩.

المعاوضات والتبرعات: تعتبر عند الحنفية والمالكية تصرفات غير نافذة، وإنما هي فضالة متوقفة على إجازة المالك، والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، فإذا وجدت الإجازة نفذ التصرف.

وتستتبع هذه القاعدة عدم جواز أخذ مال الغير بلا مسوغ مشروع، وهو ما تتضمنه القاعدة الثانية: **«لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي»**.

ومعناها أنه لا يحل شرعاً مهما كان الحال عمداً أم خطأ، جداً أم هزلاً أن يأخذ إنسان مال غيره من دون سبب شرعي مشروع، لأن مبدأ الشريعة العام هو احترام حقوق الناس المالية، فمن تجاوز هذا المبدأ اعتبر غاصباً متعدياً يجب عليه رد المال لصاحبه ما دام موجوداً، وضمان مثله أو قيمته إن هلك، لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وقوله: «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه، لاعباً جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها»[(١)].

من أمثلة الحالات غير المشروعة: النهب والسلب والسرقة والغصب والربا والقمار والرشوة ونحو ذلك. قال ابن جزي المالكي في قوانينه[(٢)]: إن أخذ أموال الناس بالباطل على عشرة أوجه كلها حرام، والحكم فيها مختلف: وهي الحرابة، والغصب، والسرقة، والاختلاس والخيانة، والإذلال، والفجور في الخصام بإنكار الحق أو ادعاء الباطل، والقمار كالشطرنج والنرد، والرشوة فلا يحل أخذها ولا إعطاؤها، والغش والخلابة في البيوع.

ومن أمثلة الأسباب المشروعة للأخذ: عقود المعاوضات المالية كالبيع والإيجار ونحوهما، وعقود التوثيق من رهن وكفالة وحوالة، وحالات الضرورة الشرعية كضرورة الغذاء والدواء، والإكراه، والجهل والحرج أو العسر، والدفاع الشرعي والظفر بالحق ونحو ذلك[(٣)].

---

(١) الحديث الأول رواه أبو داوود وابن ماجه والترمذي وقال: حديث حسن. والحديث الثاني رواه أبو داوود من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده.

(٢) ص٣٢٩.

(٣) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف.

ومن تطبيقات هذه القاعدة ما يأتي[١].

١- من دفع شيئاً لآخر ظاناً أنه دين واجب عليه، ثم تبين خلافه فله استرداده. ومن تصالح مع آخر، فأخذ عوض الصلح، ثم اعترف أنه لا حق له عند الخصم، وجب عليه رد ما أخذه لصاحبه، وبطل الصلح.

٢- إذا أخذ المشتري من البائع بدلاً عن العيب الذي اطلع عليه في المبيع ثم زال العيب. فيجب عليه رد بدل النقصان إلى البائع.

٣- من وضع يده على شيء بالتقادم مدة طويلة من الزمان، ثم ادعى شخص عليه، وأثبت أن الشيء مملوك له، وجب عليه ديانة رد الشيء للمدعي؛ لأن التقادم شرعاً لا يصلح سبباً من أسباب كسب الملكية، إذ إن الحق لا يسقط بالتقادم (مجلة م١٦٧٤)، وإنما هو فقط مانع من سماع الدعوى قضاء، كما أوضحنا سابقاً.

٨- «الجواز الشرعي ينافي الضمان» (م٩١ مجلة):

معناها أنه إذا كان الفعل الضار جائزاً مطلقاً غير ممنوع شرعاً بأي وجه من وجوه المنع، فلا ضمان على الفاعل أي لا يسأل مسؤولية مدنية. ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية[٢]:

١- إذا ترتب على فتح محل تجاري كساد تجارة المحل الآخر، لا ضمان (م٩٦٥، ١٢٨٨ مجلة).

٢- من حفر بئراً أو حفرة في ملكه، فوقع فيها حيوان، فمات لا يضمن الحافر شيئاً (م٩١مجلة) لأن كل إنسان حر التصرف في أملاكه ما لم يتعلق بها حق الغير، وإلا فيمنع من الفعل، فحافر البئر فعل ما يجوز له شرعاً، فلا يسأل عن الضرر الحادث، وإن كان سبباً له، لأن تصرف الإنسان في ملكه الخاص غير مقيد بشرط سلامة الآخرين.

(١) شرح المجلة للأتاسي: ١/ ٢٦٤، للمحاسني: ١/ ١١٩ وما بعدها، المدخل الفقهي للزرقاء: ف٦٥٥.

(٢) البدائع: ٦/ ٦٨، ٧/ ٢٧٢، درر الحكام: ٢/ ١٠٩، ١١١ مجمع الضمانات: ص١٤٩ وما بعدها، جامع الفصولين: ص١٢٤، الأتاسي: ص٢٥١، المحاسني: ص١١٤ وما بعدها، المحمصاني: ١/ ٣٦، الزرقاء: ف٦٤٨.

هذا على عكس الأموال العامة فإن الانتفاع المأذون بها شرعاً مقيد بوصف السلامة، فمن سار في الطريق العام فأصاب شيئاً بنفسه أو بدابته أو بسيارته، فإنه ضامن له، وكذلك لو حفر حفرة في الطريق العام من دون إذن فوقع فيها إنسان أو حيوان يكون الحافر ضامناً.

وكذلك إيقاد النار حتى ولو في الملك الخاص مقيد بشرط السلامة لأن للنار سرياناً وانتشاراً، فإذا وصل شرار النار إلى مال الغير على وجه يصل إليه غالباً، فإنه يضمن.

٢- إذا أذن الحاكم بفعل كهدم جدار أو دار أثناء الحريق، أو كالإنفاق على الأقارب من ودائع الأموال الخاصة بشخص غائب، فلا ضمان على الهادم والوديع، للإذن بذلك لمصلحة عامة.

٣- إذا تلف الشيء المأجور أثناء الاستعمال المأذون فيه، أو بالتحميل بالقدر المعتاد المألوف بين الناس، فلا ضمان على المستأجر، لأنه فعل الجائز له. أما إذا تجاوز المستأجر الأمر المألوف فيضمن لتعديه (م ٦٠٥مجلة).

٤- إذا تصرف الشريك بأموال الشركة بما تقتضيه التجارة عادة كالبيع بالنقد أو بالنسيئة (أي حالاً أو مؤجلاً) أو كرهن شيء من المال، أو استئجار محل لتخزين البضاعة، أو قبول الحوالة بدين للشركة على شخص آخر، أو المضاربة بمال الشركة ونحو ذلك، فإنه لا يضمن شيئاً من الضرر المترتب على فعله.

وكذلك لا يضمن متولي الوقف والشريك المضارب والوكيل والوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن ما يتلف بأيديهم مما يجوز لهم فعله شرعاً.

هذا.. وإن تجويز الفعل شرعاً لا يمنع من ضمانه في حالة خاصة وهي حالة الضرورة، عملاً بقاعدة أخرى هي: «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م٣٣ مجلة) فمن اضطر إلى أكل مال الغير لدفع أذى الجوع عن نفسه، يضمن قيمته، إذ إن هذا الجواز مقيد شرعاً بحفظ حق الآخرين[١].

(١) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٢٥٣، ٢٩٩.

٩- «الخراج بالضمان» (م٨٥ مجلة)- «الغرم بالغنم» (م٨٧ مجلة)- «النعمة بقدر النقمة وعلى العكس» (م٨٨ مجلة):

معنى قاعدة «الخراج بالضمان» هو أن من يسأل عن ضمان شيء عند التلف، له الحق في منفعته في مقابلة تحمله تبعة الهلاك أثناء بقائه عنده.

والخراج لغة: هو الناتج من غلة الأرض ونحوها، فكل ما خرج من شيء فهو خراجه، كثمرة الشجرة، ومنفعة الدار، وأجرة الدابة ودرها ونسلها. وكذلك معناها عند الفقهاء: ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين. والضمان: هو الالتزام بالتعويض عن الشيء، وتستعمل عموماً بمعنى المسؤولية المدنية عن التعويض، وخصوصاً بمعنى المسؤولية الجنائية عن الجريمة.

وهذه القاعدة في أصلها حديث نبوي صحيح[١] سببه «أن رجلاً ابتاع عبداً، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ، فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استعمل غلامي؟! فقال: الخراج بالضمان» ومعناه أن المنافع المستوفاة من العبد ونحوه هي للمشتري في مقابلة مسؤوليته عن ضمان الملك، فإنه لو تلف العبد في هذه الحالة، كان عليه ضمانه، فكانت الغلة في مقابلة الغرم.

وقد أبنّا فيما سبق أن أبا حنيفة استدل بهذا الحديث فيما قرره من عدم ضمان منافع الشيء المغصوب، لأن المنافع أعراض زائلة لا قيمة لها إلا بالعقد عليها كما في عقد الإجارة الصحيحة.

وقد أجيب بأنه ﷺ قضى بذلك في ضمان الملك، وجعل الخراج لمالك الشيء وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب. وعلى هذا فإن زوائد المغصوب كولد الدابة ونحوه هي للمالك لا للغاصب.

وتتضح القاعدة بالأمثلة الآتية[٢]:

(١) رواه الشافعي وأحمد، وأصحاب السنن الأربعة (أبو داوود والترمذي والنسائي وابن ماجه) وابن حبان من حديث عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٢١، والمواهب السنية بهامشه: ص٢٦٥، الأشباه لابن نجيم: ١/ ١٨٢ وما بعدها.

١- لو رد المشتري على البائع حيواناً بخيار العيب بعد أن استعمله مدة من الزمن، لا تلزمه أجرته عن تلك المدة، لأنه لو تلف حال وجوده عنده، كان عليه ضمان مثله أو قيمته (م٨٥ مجلة).

٢- لو كان المبيع شجرة، فأثمرت عند المشتري، ثم ردت على البائع بسبب الاستحقاق أو لتفرق الصفقة مثلاً، كانت الثمرة للمشتري، لأنه هو المتحمل تبعة الهلاك فيما لو هلكت.

٣- لو هلكت الدابة المأجورة أثناء تجاوز المحل المعين أو المدة المعينة في العقد، يلزم المستأجر بالضمان ويسقط الأجر بعد التجاوز، لأن المنفعة صارت له، إذ إن المنفعة بمقابلة الضمان (م٥٥٠ مجلة).

أما إذا تلفت الدابة بلا تعدٍّ ولا تقصير فيلزم المستأجر بأجرة ما قطع من المسافة، لأن الدابة حينئذ ليست في ضمانه.

هذا.. ويلاحظ أن قاعدة «الغلة بالضمان» مقيدة بوجود الملك المشروع أي (الضمان مع الملك). وبناء عليه فإن الغاصب كما أوضحنا لا يملك زوائد المغصوب، وكذلك البائع قبل القبض (أي قبض المشتري للمبيع) لا حق له في زوائد المبيع، لأنه وإن كان ضامناً للمبيع حال بقائه لديه بسبب وضع يده عليه، فإن المبيع على ملك المشتري بمجرد انعقاد العقد[(١)].

وأما قاعدة **«الغرم بالغنم»** فهي وإن كانت على عكس لفظ القاعدة السابقة، إلا أنها بمعناها، أي إن صاحب المنفعة يتحمل الخسارة عملاً بقاعدة العدالة والعدل الاجتماعي والتوازن بين النفع والضرر، وهذه القاعدة تماماً بمعنى نظرية تحمل التبعة التي تعفي المتضرر من إثبات خطأ الدائن الذي يصعب إثباته أحياناً، وهي فيما يبدو أكثر إنسانية وعدالة من النظرية التي كانت سائدة عند القانونيين المتطلبة وجوب إثبات الخطأ. وأمثلة القاعدة ما يأتي[(٢)]:

(١) قارن بالمدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٦٤٨، حيث حصر قاعدة «الخراج بالضمان» في الغلات والمنافع دون الأعيان المتولدة من الشيء، مع أنه لا فارق بينهما بداهة، بل هو مخالف صراحة لنصوص الفقهاء كما ذكرنا.

(٢) شرح المجلة للأتاسي: ١/ ٢٤٥، للمحاسني: ١/ ١١١، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص٨٢، المدخل للزرقاء: ف٦٥٠.

١- على المرتهن أجرة حارس المرهون، لأن المرتهن هو الذي يستفيد من المرهون بتأمين وتوثيق حقه (م٧٢٣ مجلة).

وعلى المشتري أجرة تحرير سند البيع ونحوه من رسوم «الطابو» أي التسجيل العقاري توثيقاً لنقل الملكية إليه.

وعلى الشركاء نفقة تعمير وترميم وصيانة الملك المشترك بقدر حصصهم (م١٣٠٨ مجلة).

٢- يلتزم المستعير بنفقة رد العارية إلى المعير، لأن وضع يده على العارية لمصلحة نفسه. والغاصب وقابض المبيع بيعاً فاسداً مثل المستعير.

هذا على عكس الوديع والمستأجر والمرتهن، فإن نفقة رد الشيء المحفوظ لديهم على نفقة صاحبه.

وأما قاعدة **«النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة»** فهي أيضاً بمعنى القاعدتين السابقتين، أما لفظها، فالقسم الأول منه مثل «الخراج بالضمان» والآخر مثل «الغرم بالغنم».

وعلى هذا[1] فإن الخزينة العامة أو ميزانية الدولة هي التي تتحمل نفقة اللقطاء وتربيتهم مقابل استحقاقها تركتهم إذا ماتوا من دون وارث. وهي كذلك التي تتحمل دية القتيل الذي لم يعرف قاتله مقابل أخذها تركة من لا وارث له.

وعلى الزوجة إطاعة زوجها في غير المعاصي مقابل التزامه بالإنفاق عليها لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ﴾ [البقرة: ٢/ ٢٢٨].

١٠ - «الأجر والضمان لا يجتمعان» (م٨٦ مجلة):

هذه القاعدة خاصة بمذهب الحنفية دون غيرهم، وتعتبر هي أيضاً أساساً لقولهم بعدم ضمان منافع المغصوبات.

ومعناها أن الأجرة الواجبة لقاء منفعة لا تجب، ويسقط التزامها إذا كان هناك

(١) المراجع السابقة.

التزام بضمان قيمة العين فيما لو هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلاً أم لا، وذلك بشرط عدم استقرار الأجر في ذمة الضامن، كأن استوفى المنفعة، فحينئذ يجتمع الأجر والضمان.

ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية[١]:

١- لو استأجر شخص دابة للركوب، فحملها حملاً بدلاً من الركوب، أو لحمل شيء معين، فحملها شيئاً آخر أو أثقل منه بخلاف الجنس، كأن حمَّل مكان القطن حديداً، فتلفت، يضمن قيمتها ولا أجر عليه، لأنها هلكت بفعل غير مسموح به من المؤجر، فصار بذلك غاصباً، ولا أجرة على الغاصب، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان (م٥٥٠ مجلة).

وكذلك لا أجر عليه أيضاً إذا لم تتلف الدابة، وردها إلى صاحبها سليمة، لأنه صار غاصباً بالتعدي، ولا أجر على الغاصب، لأن المبدأ المقرر عند الحنفية هو عدم ضمان منافع المغصوب إلا إذا كان مال وقف أو مال يتيم أو معداً للاستغلال، كما ذكرنا سابقاً (م٥٩٦ مجلة).

وبما أن مبدأ عدم ضمان المنافع منتقد عند الحنفية كما أوضحنا في بحث ضمان المنافع، فكل ما ترتب عليه من عدم ضمان الأجرة في مثل هذه الأحوال منتقد أيضاً، إذ إنه منفذ خطير أمام المستأجرين للتخلص من دفع الأجرة بمخالفة وجه الانتفاع المتفق عليه، ثم رد المأجور سليماً لصاحبه، ونظراً لهذه النتيجة الغريبة قال الحنفية: يجب الأجر المسمى استحساناً وإن كان لا يجب قياساً[٢].

٢- لو استأجر شخص أرضاً على أن يزرعها حنطة، فزرعها شيئاً آخر يضر بالأرض كالفِصْفِصة (أي الرّطبة)، ضمن نقصان الأرض ولا أجر عليه لأن الأجر والضمان لا يجتمعان.

(١) المبسوط ١٥/١٤٧، ١٧٠، البدائع: ٤/٢١٣، الأشباه لابن نجيم: ٢/٢٢١، الدر المختار: ٥/٢٥، تبيين الحقائق: ٥/١١٨، تكملة فتح القدير: ٧/١٧٠، القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة: ص٨٢، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٦٥٢.

(٢) جاء في مجمع الضمانات: ص٢٥: لو أقعد فيها - أي في الدار - قصاراً، فانهدمت الدار من عمله، ضمن، ولا يجب الأجر فيما ضمن... ولو لم ينهدم شيء من الدار بسبب القصارة: لا يجب الأجر قياساً، ويجب الأجر المسمى استحساناً.

٣- إذا استأجر رجل دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم، أو مدة معلومة، ثم جاوز ذلك المكان المتفق عليه، أو انتفع بها زيادة على المدة المحددة، فهلكت الدابة، فلا يضمن أجرتها بعد التجاوز عن المكان أو الزمان المتفق عليه في العقد، لأنه في هذه الزيادة كان ضامناً للدابة. أما قبل ذلك في المكان أو الزمان المتفق عليه فإنه يضمن الأجرة، وحينئذ يجتمع الأجر والضمان، لأن الأجرة كانت قد استقرت في ذمته باستيفاء المنفعة المعقود عليها حينما كانت يده يد أمانة، فإذا انقلبت يد ضمان أي يد غصب هنا، لم يجتمع الأجر والضمان.

والخلاصة: أن قاعدة عدم اجتماع الأجر والضمان حنفية المنشأ غير مقبولة التطبيق إلا في حال هلاك الشيء فعلاً، لذا قال المالكية والشافعية والحنابلة باجتماع الأجر والضمان مطلقاً: فلو استأجر إنسان دابة، فحملها قدراً أزيد مما اتفق عليه أو تجاوز المسافة أو الزمان، فيجب عليه الأجر المتفق عليه، وأجر المثل عن الزيادة، وضمان قيمة الدابة إذا هلكت[(١)].

١١- «الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه».

هذه القاعدة أيضاً حنفية المنشأ والتطبيق، وهي تكمل القاعدتين السابقتين، ومعناها: أن الذي يدفع قيمة الشيء الهالك أو مثله: يكون مالكاً لهذا الشيء من يوم قبضه، وهذا هو معنى قول الحنفية: «إن المضمونات تملك بأداء الضمان أو اختياره مستنداً» أي بأثر رجعي إلى وقت القبض أو الأخذ بتعبير القانونيين.

وعلى هذا:

١- من غصب شيئاً، فأخفاه، فضمنه المالك قيمته، ملكه الغاصب من وقت وجود الغصب، حتى إنه لو باعه أو وهبه أو تصدق به قبل أداء الضمان، نفذ تصرفه. وإذا كان للشيء المضمون غلة أو ربح، كان ذلك من حق الضامن[(٢)]. وهذا

---

(١) القوانين الفقهية: ص٢٧٦، مغني المحتاج: ٢/ ٣٥٣ وما بعدها، المغني: ٥/ ٢٥٩ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ١٦/ ١٤، وما بعدها، البدائع: ٧/ ١٥٢ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٧/ ٣٧٣، ٣٨٦: القدوري وشرحه اللباب: ٢/ ١٩٣، تبيين الحقائق: ص٣٢٥.

هو مذهب المالكية أيضاً، إلا أنه لا غلة للغاصب، ويرد ما أكل من غلة أو انتفع[(١)].

وقال الشافعية والحنابلة: لا يملك الغاصب الشيء المغصوب بأداء الضمان، لأن الغصب عدوان محض، فلا يصلح سبباً للملك[(٢)].

٢- إذا ضمن الراعي شاة تلفت بسبب سوقه الماشية، فلا أجر له عنها، وكذلك كل من وقع عليه الضمان، فلا أجر له فيه، لأنه ملك المضمون بالضمان، فلا يكون مسلَّماً إلى صاحبه.

٣- لو ضمنا السارق قيمة المسروق أو مثله، ملك المسروق من وقت الأخذ.

١٢- «الاضطرار لا يبطل حق الغير» (م٣٣ مجلة).

إن الأفعال الاضطرارية سواء أكانت بسبب سماوي كالمجاعة والقحط أو بسبب بشري كالإكراه، فهي وإن أباحت الفعل المحظور كأكل الميتة، أو رخصت الفعل مع بقائه على الحرمة كالنطق بكلمة الكفر، فإنها لا تمس حقوق الآخرين المالية، ويجب ضمانها: المثل في المثليات، والقيمة في القيميات، لأن إذن الشارع لا يسقط الضمان، وقد عبر القرافي المالكي عن ذلك فقال[(٣)]: **«الإذن العام من قبل صاحب الشرع في التصرفات لا يسقط الضمان، وإذن المالك في التصرفات يسقط الضمان»** وهذا في الجملة باتفاق المذاهب الأربعة[(٤)].

---

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣١٥، شرح الرسالة: ٢/ ٢٢٠.

(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٧، المغني: ٥/ ٢٥٥.

(٣) الفروق: ١/ ١٩٥ وما بعدها.

(٤) الدر المختار: ٥/ ٢٣٨، تكملة فتح القدير: ٧/ ١٠٩، ٣٠٢، البدائع: ٧/ ١٧٩، مختصر الطحاوي: ص٤٠٩، تبيين الحقائق: ٧/ ١٨٦، تفسير القرطبي: ٢/ ٢٢٦، القوانين الفقهية: ص١٧٣، الشرح الكبير: ٢/ ١١٦، ٤/ ٣٥٥، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٧٩، مغني المحتاج: ٤/ ٣٠٨، المهذب: ١/ ٢٥٠، القواعد لابن رجب: ص٣٦، ٢٨٦، المغني: ٨/ ٦٠٢، أعلام الموقعين: ٢/ ٢٥، المحلى: ٨/ ٣٨١، وقارن هذا بالمسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا المرحوم شلتوت حيث نقل عن الشافعي إسقاطه المسؤولية بالاضطرار لوجود الإذن من المشرع، ولا تجتمع إباحة وضمان. والحق خلافه كما ذكرنا وكما في كتابنا نظرية الضرورة الشرعية: ص٢٩٩.

وأمثلتها ما يأتي:

١- إذا اضطر شخص حال المخمصة إلى طعام غيره، فأكله، جاز له أخذه، ولكن يضمن قيمته إلا إذا أبرأه صاحب المال، لأن إذن المالك لم يوجد، وإنما وجد إذن الشرع، وهو لا يوجب سقوط الضمان، وإنما ينفي الإثم والمؤاخذة بالعقاب الأخروي، لأن الشرع جوز للمضطر التجاوز على مال الغير بشرط السلامة.

٢- من صال عليه حيوان، فقتله، يضمن قيمته لصاحبه. وقال الحنابلة: لا ضمان في هذه الحالة.

٣- من أتلف مال غيره بإكراه ملجئ، وجب الضمان فيه على المكره عند الحنفية والحنابلة، لأنه هو الذي تسبب في إحداث الضرر في الواقع، وأما المستكره فهو مسلوب الإرادة، ويعتبر كالآلة المتحركة بيد المكره.

وقال المالكية والظاهرية: الضمان على المستكره، لأنه يكون حينئذ كالمضطر إلى أكل طعام الغير.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: الضمان مبدئياً على المكره والمستكره معاً، لأن المستكره باشر الإتلاف، والمكره تسبب فيه، ثم يستقر الضمان في النهاية على المكره في الأصح، لأنه هو المؤثر الأقوى في إحداث الضرر.

٤- إذا رجع المعير في إعارته أرضاً للزراعة، وجب إبقاء الزرع في الأرض حتى يحصد لحساب المستعير بطريق الإجارة بأجر المثل، وإذا انتهت مدة إيجار الأراضي المزروعة، وجب أيضاً تمديد الإيجار بأجر المثل لإدراك الزرع، وإذا انقضت مدة إيجار سفينة في أثناء رحلتها البحرية، وجب تمديد العقد بأجر المثل حتى تنتهي الرحلة، لأن الاضطرار في هذه الأحوال كلها لا يبطل حق الغير.

٥- قال المالكية: من أذن لغيره في جرحه أو في إتلاف ماله فلا ضمان على المأذون إلا في الوديعة إذا أذن ربها لمن هي عنده في إتلافها فإنه يضمن إذا أتلفها لالتزامه حفظها بالقبول.

١٣- «ما لا يمكن الاحتراز منه لا ضمان فيه»:

الإسلام دين اليسر والسماحة والاعتدال، فكل ما يمكن تجنبه والاحتراز أو الاحتياط منه يكون سبباً موجباً للضمان، وكل ما يشق البعد أو الاحتراز منه لا يكون سبباً موجباً للضمان، لأنه من الضرورات، ولأن ما يستحق على المرء شرعاً يعتبر فيه الوسع والطاقة.

والأمثلة هي[١]:

١- لو اشترى رجل من آخر مشجرة، فقطعها، فادعى البائع أن المشتري حين القطع أفسد له بعض الأشجار لم تكن داخلة في البيع فقال المشتري: أنا لم أتعمد ذلك، ينظر: إن كان الذي يدعيه البائع من الفساد، يمكن التحرز منه، فيكون المشتري ضامناً له. وإن كان مما لا يمكن الاحتراز منه، فلا ضمان بذلك على المشتري، ويكون مأذوناً به دلالة أو ضمناً.

٢- للناس الانتفاع بالمرافق العامة مشياً أو ركوباً ونحو ذلك بشرط السلامة وعدم الإضرار بالآخرين بما يمكن التحرز منه، دون ما لا يمكن التحرز منه، حتى يتيسر للناس سبيل الانتفاع ويتحقق العدل وتزول العوائق ويتوافر الأمن والحرية في الطرقات.

وعلى هذا: إذا سقط الحمل عن ظهر الحمال، فأتلف مالاً لشخص فإنه يضمن، لأنه يمكن التحرز منه.

ويضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس، أو كدمت[٢] أو خبطت، لأن الاحتراز من الإيطاء والصدم والكدم والخبط ممكن، لأنه ليس من ضرورات السير في الطريق.

---

(١) المبسوط ١٥/١٠٣، ٢٦/١٨٨ وما بعدها، تبيين الحقائق للزيلعي: ٦/١٤٩، البدائع: ٧/ ٢٧٢، مجمع الضمانات: ص٤٧، ١٦٥، درر الحكام: ٢/ ١١١ وما بعدها، القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص٦٢، مذكرة عن المعاملات للأبياني: ص١٩١ .

(٢) الكدم: العض بأدنى الفم، وبابه (ضرب ونصر).

أما إذا نفحت[١] الدابة أحداً برجلها أو بذنبها أثناء سيرها في الطريق فأتلفت ثوبه مثلاً، فلا ضمان على الراكب، لقوله عليه السلام: «الرِّجْل جُبَار»[٢] أي هدر، والمراد نفحة الدابة بالرجل وهي تسير أي إنه لا ضمان فيما جنته الدابة برجلها، لأنه لا يمكن الاحتراز من النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة. فإن أوقفها صاحبها في الطريق، ضمن النفحة، لأنه يمكن التحرز من الإيقاف، وإن لم يمكنه التحرز من النفحة، فصار متعدياً بالإيقاف، وشغل الطريق به، فيضمن نتيجة فعله.

٣- لا يضمن الطبيب أو الجراح التلف الحاصل بسريان الفعل إلى الهلاك إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد المعهود المأذون فيه دون تجاوز ولا إهمال، لأن حدوث مضاعفات غير متوقعة عادة لا يمكن الاحتراز منه، وليس في الوسع تجنبه.

٤- إذا غرقت السفينة بإعصار شديد، أو بهيجان البحر، أو بالاصطدام بصخر لا يعلم به ربان السفينة، ولا عهد له به، فلا ضمان عليه، لأن ذلك مما لا يمكن الاحتراز منه.

٥- إذا تلف الثوب عند القصار أو الأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره بأمر لا يمكن الاحتراز منه كالحرق الغالب أو الغرق الغالب، فلا يكون ضامناً لقيمته أو مثله، على عكس ما يمكن الاحتراز منه فإنه ضامن له في رأي الصاحبين، وقولهما هو المفتى به عند الحنفية، كما مر سابقاً.

هذا... وقد أورد العز بن عبد السلام أمثلة تحت عنوان «إهدار الضمان مع التسبب» وهي صور أو حالات يشق الاحتراز منها وتدعو الحاجة إلى التسبب إليها وهي[٣].

أولاً- إرسال البهائم للرعي بالنهار: فإنه لا يضمن صاحبها ما تتلفه لما في تضمينه من الضرر العام.

(١) نَفَحت الدابة: ضربت برجلها.

(٢) أخرجه أبو داوود والنسائي والدارقطني من حديث أبي هريرة، وفيه ضعف، قال ابن ماجه: الجُبَار: الهدر الذي لا يغرم.

(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٥ وما بعدها.

ثانياً- إذا أوقد شخص في داره ناراً ملتزماً في ذلك الأمر المعتاد فطار منها شرر، فأتلف شيئاً بالإحراق فإنه لا يضمن لما في التضمين من الضرر العام.

ثالثاً- إذا سقى بستانه حسب المعتاد عند أمثاله، فسرى الماء إلى جاره، فأفسد له شيئاً، فلا ضمان عليه.

رابعاً- إذا ساق رجل دابته حسب المعتاد في الأسواق، فأثارت غباراً أو شيئاً من الأوحال والإيذاء، فأفسد شيئاً، فلا ضمان، إلا أن يزيد على ما هو المعتاد، فلو ساق في الأسواق إبلاً غير مقطورة أو ركب دابة نزقة لا يؤثر فيها كبح اللجام، لزمه الضمان لخروج ذلك عن المعتاد.

١٤- «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»:

هذا نص حديث نبوي رواه الإمام أحمد في مسنده، وأصحاب السنن الأربعة، والحاكم في مستدركه وصححه، وقرر الترمذي حسنه، من حديث سمرة بن جندب. وهو أساس عام في وجوب رد ما قبضه المرء من أملاك غيره، ومعناه: أنه يجب على قابض ملك الغير سواء أكان غاضباً أم مستعيراً أم وديعاً أم مستأجراً ونحوهم أن يرده إلى صاحبه، ولا يبرأ من المسؤولية إلا بوصول الشيء إلى مالكه أو من يقوم مقامه، بدليل قوله عليه السلام: «حتى تؤديه»، ولا تتحقق التأدية إلا بذلك[١].

وكثيراً ما يستدل به العلماء على التزام التضمين، لأن المأخوذ إذا كان رده واجباً على اليد الآخذة، فالمراد أنه في ضمانها[٢] فإذا كان موجوداً يجب رده بعينه، وإذا هلك يرد مثله أو قيمته.

ويؤيد معنى هذا الحديث قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٨٨] وقوله سبحانه: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٤/ ٥٨] وأحاديث نبوية أخرى مثل قوله عليه السلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[٣]

---

(١) سبل السلام: ٣/ ٦٧ البابي الحلبي.
(٢) المرجع السابق، نيل الأوطار: ٥/ ٢٩٨ط العثمانية المصرية.
(٣) رواه الترمذي وأبو داوود وحسنه وصححه الحاكم من حديث أبي هريرة.

وقوله أيضاً: «ليس لِعرْقٍ ظالم حق»[١] ومعناه أن من بنى أو زرع أو حفر في أرض غيره بغير حق ولا شبهة حق فهو ظالم ولا حق له. وأخرج البخاري ومسلم عن أبي بكرة ﷺ أن النبي ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا».

١٥- «إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل» (م٥٣ مجلة):

معناها: أن الحق الواجب تسليمه أصلاً إلى صاحبه هو عين حقه، فإذا تعذر رده بذاته بسبب تلفه، أو إتلافه، وجب رد عوض عنه.

على هذا: ينبغي بمقتضى خيار العيب الثابت للمشتري رد عين المبيع المعيب إلى بائعه، فإن تعذر رده بسبب تلفه عند المشتري، أو بإحداث عيب جديد فيه، أو بإدخال زيادة لازمة عليه كالصباغ، يسترد المشتري من البائع جزءاً من الثمن يعادل فرق نقصان العيب القديم الذي كان موجوداً عند البائع.

ويجب على الغاصب رد عين المغصوب على مالكه على الوجه الذي أخذه، فإذا هلك أو استهلك وجب عليه رد بدله: المثل في المثليات، والقيمة في القيميات[٢].

١٦- «لا ضمان على المبالغ في الحفظ»:

يحتاج إلى هذه القاعدة كثيراً في نطاق المسؤولية التعاقدية كما في عقدي الإيداع والوكالة مثلاً[٣].

فإذا حفظ الوديع الوديعة كما يحفظ ماله في حرز مثله[٤]، بأن يحفظها في يده أو بيد من هو في عياله ممن تلزمه نفقته كامرأته وولده وغلامه وخادمه، ثم تلفت أو سرقت، فلا ضمان عليه، لأنه بالغ في الحفظ.

(١) رواه أبو داوود وإسناده حسن، وأصحاب السنن من حديث عروة بن الزبير، وسعيد بن زيد.
(٢) شرح المجلة للأتاسي: ١/ ١٢٧، للمحاسني: ١/ ٧٧.
(٣) القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص٧١.
(٤) لكن لا يشترط أن يحفظ الوديعة بنفس الكيفية التي يحفظ بها ماله.

ومن وكل غيره في بيع بضاعة في بلد آخر بغير أجر، فباعها وأخذ ثمنها، ثم خبأه معه، فسرق منه ليلاً وهو نائم، أو أخذ منه عنوة في الطريق، فلا ضمان عليه، لأنه بالغ في الحفظ، والوكيل أمين لا ضمان عليه لموكله، إلا إذا حدث منه تعد أو تقصير.

١٧- «يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام الضمان على الغير»:

من المعلوم أنه إذا تعارضت ادعاءات المتخاصمين، كالوديع والمودع مثلاً، فادعى أن الوديعة هلكت عنده من دون تفريط، وأنكر المودع المالك وادعى أن الوديع أتلفها، يؤخذ بقول الوديع بيمينه، لأنه أمين في الحفظ، والأمين مصدق باليمين (م١٧٧٤ مجلة).

إلا أن قول الأمين يقبل فيما يرجع إلى براءة نفسه من الضمان لا في إلزام الضمان على غيره.

وبناء على ذلك: إذا ادعى المودع أن له وديعة عند شخص، وقال الوديع: أنا رددتها إليك، فالقول قول الوديع مع اليمين في براءة ذمته.

وإذا ادعى وصي أنه أنفق نفقة من مال الصغير عليه فيما لا يكذبه الظاهر (أي قرائن الأحوال): يصدق في ادعائه، لأنه أمين يدعي براءة ذمته، بخلاف ما لو ادعى أنه أنفق نفقة على الصغير من ماله الخاص هو، وأراد أن يرجع بذلك في مال اليتيم، فإنه لا يصدق إلا بالبينة، لأنه يريد بدعواه إلزام الضمان على الغير وهو الصغير هنا[1].

١٨- «جناية العجماء جُبَار» (م٩٤ مجلة):

الجناية: هي كل فعل ممنوع شرعاً يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه.

والعجماء: هي الحيوان، مشتق من العجمة التي هي عدم الإفصاح.

وجبار (بضم الجيم) أي هدر (بتحريك الدال) لا ضمان فيه.

---

(١) القواعد الفقهية للحمزاوي: ص٣٣٥.

ومعنى القاعدة: أن الإتلاف الذي يحدثه الحيوان من تلقاء نفسه ولم يكن عقوراً ولا فرط مالكه في حفظه حيث يجب عليه حفظه، وذلك في الليل أو في أمكنة التجمعات، لا ضمان فيه على صاحبه لعدم وجود الإدراك الذي هو أساس المسؤولية، فإن كان الإتلاف بواسطة صاحبه كأن كان راكباً أو سائقاً أو مجفلاً له، فعليه الضمان.

وأصل هذه القاعدة حديث نبوي نصه: «العجماء جُرْحها جبار»[1] أي إن ما تتلفه لا ضمان فيه بالشروط السابقة.

وتعرف الأحكام المنوه عنها بالأمثلة الآتية[2]:

١- إذا ربط شخصان دابتيهما في مكان لهما فيه حق الربط، فأتلفت إحداهما الأخرى، لا يلزم الضمان، مثلاً: لو أتلفت دابة أحد الشريكين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار، لا يلزم الضمان (م٩٣٩ مجلة).

٢- وإذا اشترى رجل شاتين فنطحت إحداهما الأخرى قبل القبض، فهلكت، خيِّر المشتري بين أخذ الباقية بحصتها من الثمن أو فسخ البيع.

إذا انفلتت دابة بنفسها، فأصابت مالاً أو إنساناً بأذى نهاراً أو ليلاً، لا ضمان على صاحبها. ومثل ذلك: لو جمحت الدابة بالراكب ولم يقدر على ردها، فإنه لا يضمن ما تتلفه من مال أو إنسان. وإذا قتلت هرة حمامة أو أفسدت زرعاً لم يضمن صاحبها.

٣- إذا كان لإنسان حيوان مؤذٍ كثور نطوح وكلب عقور، فطلب الناس من صاحبه حبسه أو ربطه، فلم يفعل، فآذى أحداً من المارة يضمن، فإن لم يطلب أحد منعه فلا ضمان. وهذا هو رأي المالكية أيضاً.

---

(١) أخرجه الجماعة (أحمد وأصحاب الكتب الستة) ومالك من حديث أبي هريرة ﷺ (نيل الأوطار: ٥: ٣٢٤).

(٢) نيل الأوطار: ٥/ ٣٢٤ وما بعدها، البدائع: ٧/ ٢٧٣، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤٢٨، ٤٣٠، جامع الفصولين: ٢/ ١١٨ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٨٥ وما بعدها، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص٣١٠ وما بعدها، ٦٤، ١٩٤، الفروق: ٤/ ١٨٥ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٩، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٣، م٩٢٩ مجلة.

٤- لو أغرى إنسان كلباً أو أشلاه[١]، فعقر رجلاً، ضمن مطلقاً، سواء أكان الإتلاف فور الإشلاء أم بعدئذ، لأنه بإغرائه يصير الحيوان آلة للعقر، وهذا رأي أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، والفتوى عند الحنفية في ذلك على قوله، وقد أخذت المجلة به (م٩٢٩).

٥- إذا ألقى شخص هرة إلى حمامة أو دجاجة، فأكلتها بمجرد إلقائه: فيضمن. أما إذا أكلتها بعدئذ فلا يضمن.

٦- إذا ساق رجل دابة أو ركبها أو جفلها فأتلفت شيئاً، ضمن السائق والراكب، لأنهما مباشران للتلف، وضمن المجفل أيضاً لأنه متسبب بالإتلاف.

١٩- «يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان» (م٨٣ مجلة):

معناها: أنه يجب احترام وتنفيذ الشرط المتفق عليه إذا كان موافقاً للشرع أو لمقتضى العقد، وكان تنفيذه ممكناً ومفيداً وإلا كان لغواً. والمراد بهذا الشرط بداهة هو الشرط التقييدي (وهو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات يشترطها الناس بعضهم على بعض) لا الشرط التعليقي (وهو كل شرط يعلق فيه الإنسان تصرفه على حصول أمر من الأمور)[٢].

والدليل على وجوب احترام الشروط في العقود هو قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»[٣]. والمقصود بقدر الإمكان: هو بذل الوسع في احترام الشروط المشروطة حسب الطاقة[٤] وإلا كان الإخلال بها مستوجباً للضمان، بدليل ما قاله الكاساني[٥]: «الأصل في الشروط اعتبارها

---

(١) الإشلاء: تحريض الكلب وإغراؤه على رجل وتسليطه عليه.

(٢) والذي يحكم الشرط التعليقي هو المادة السابقة من المجلة وهي «المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط» (م٨٢).

(٣) أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٤) وقال الأستاذ الزرقاء في المدخل ف٦٤٧: «المراد بقدر الإمكان: ما لا يخالف قواعد الشريعة في نظام العقود» وأرى أن هذا ليس المراد فقط من هذه العبارة، وإنما مع ملاحظة كون تنفيذ الشرط في حدود الإمكان.

(٥) البدائع: ٦/ ٩٨.

ما أمكن، وإذا كان القيد مفيداً كان ممكن الاعتبار» وبدليل المفهوم من قاعدة «الضرر يدفع بقدر الإمكان» (م٣١ مجلة) أي يدفع بالقدر الممكن.

وتتضح القاعدة بالأمثلة الآتية[1]:

١- إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين كدار أو بيت أو صندوق، فنقلها إلى مكان آخر من دون عذر، فإن كان المكان الجديد أدنى في درجة الحفظ يضمن، وإن كان مماثلاً له في الحفظ أو أحفظ منه، فلا يضمن، لأن التقييد غير مفيد.

٢- إذا سلم رجل رأس مال لآخر على أن يضارب به في بلدة معينة كدمشق مثلاً، فليس له أن يضارب به في بلدة أخرى، لأن الأماكن تختلف الأسعار فيها رخصاً وغلاء، والسفر بالمال عرضة للمخاطر، فلو خالف المضارب وهلك المال، يضمنه، لأن الشرط مفيد.

أما إذا شرط رب المال على المضارب أن تكون المضاربة في سوق دمشق مثلاً، فضارب به في دمشق في غير السوق المخصص، صحت المضاربة استحساناً، ولو تلف رأس المال لا يضمنه، لأن هذا الشرط غير مفيد، إذ إن البلدة الواحدة بمنزلة بقعة واحدة، فيلغو الشرط.

٣- لو باع شخص شيئاً لغيره بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري رهناً معلوماً، أو كفيلاً معيناً، صح الشرط لملاءمته مقتضى العقد، لأن الكفالة والرهن استيثاق بالثمن، فيلائم ذلك عقد البيع ويؤيد التسليم.

أما إذا اشترط البائع على المشتري ألا يبيع المبيع للغير، أو اشترط الراهن عدم الضمان في الرهن بأن قال للمرتهن: إذا تلف المرهون لا يسقط شيء من الدين، بطل الشرط لأنه غير مفيد. وكذا إذا اشترط المودع على الوديع ضمان الوديعة إذا تلفت من غير تعد ولا تقصير، كان الشرط باطلاً لغواً لا فائدة منه.

---

(١) المبسوط: ١١/ ١٢١، ١٣/ ١٨، ٢٢/ ٤٢، البدائع: ٥/ ١٧١، ٦/ ٩٨، ١١٠، مختصر الطحاوي: ص١٢٥، تبيين الحقائق: ٥/ ٥٩، تكملة فتح القدير: ٧/ ٦٤، ٩٧، شرح المجلة للأتاسي: ١/ ٢٣٥، للمحاسني: ١/ ١٠٧.

٢٠- «الإجازة تلحق الأفعال»:

اختلف علماء الحنفية في ذلك، فقال أبو حنيفة: «الإجازة لا تلحق الإتلاف» وعلى هذا فلو أتلف إنسان مال غيره تعدياً، فقال المالك: أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ المتعدي من الضمان.

وقال محمد: الإجازة تلحق الإتلاف كالعقود الموقوفة. وهذا الرأي هو الأصح عند الحنفية، فإنهم قالوا: «إن الإجازة تلحق الأفعال» كالأقوال، فتلحق الإتلاف، لأنه من جملة الأفعال[١]، فلو غصب إنسان شيئاً وقبضه، فأجاز المالك قبضه، برئ الغاصب من الضمان. ولو انتفع الغاصب بالشيء فأمره المالك بحفظه له، لم يبرأ من الضمان. ولو رد الغاصب الشيء المغصوب على أجنبي (أي غير المالك) فأجاز المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي، برئ الغاصب من الضمان.

وإذا بعث المدين بالدين مع رجل إلى الدائن، فجاء المبعوث وأخبر الدائن بذلك، ورضي بإرسال الدين معه، وقال له: اشتر به شيئاً، فذهب واشترى ببعضه شيئاً، وهلك الباقي، فيهلك من مال الدائن على الصحيح في المذهب الحنفي، لأن الرضا ببعث الدين في الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض في الابتداء.

وإذا تصدق الملتقط باللقطة على فقير بعد تعريفها والإعلان عنها سنة ثم جاء صاحبها بعد التصدق بها، فأجاز تصدق الملتقط بها، صحت الصدقة ويكون له ثوابها، لأن تلك الإجازة كالإذن بالفعل ابتداء، بل إن الإجازة بذلك تصح، ولو كان المال قد تلف في يد الفقير، لأن الإذن بالتصدق قد حصل سابقاً من الشرع لا من المالك. وهذا على عكس إجازة بيع الفضولي فإنه يشترط لصحتها كون المبيع ما زال موجوداً غير هالك في يد المشتري، لأن الإجازة تصرف في العقد، فلا بد من قيام العقد، وقيامه بوجود المعقود عليه[٢].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع شرحه: ٢/ ٩٧ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ١٣٩.

(٢) البدائع: ٥/ ١٤٩، فتح القدير: ٥/ ٣١١.

الباب الثاني

الضمان في نطاق المسؤولية المدنية

أشرنا سابقاً إلى أن العمل غير المشروع عند القانونيين قد تكون المسؤولية عنه أدبية أو قانونية، وتكون الأولى عند مخالفة واجب أدبي، والثانية عند مخالفة واجب قانوني. وهذه تنقسم بدورها إلى مسؤولية جنائية: وذلك عند حدوث ضرر يصيب المجتمع، ومسؤولية مدنية: وذلك عند حدوث ضرر يصيب الفرد[1].

والمسؤولية المدنية تنقسم إلى مسؤولية تعاقدية، ومسؤولية تقصيرية.

فالأولى: هي التي تترتب على مخالفة التزام تعاقدي كامتناع البائع من تسليم المبيع، وامتناع المؤجر من تسليم المأجور.

والثانية: هي التي تنشأ عند مخالفة واجب قانوني كالغصب والإتلاف. وسنبحث عند فقهاء الإسلام أهم حالات الضمان في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية[2]، في الفصلين الآتيين:

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ١٤٩ وما بعدها.

(٢) أطلق القانون المدني العراقي على النوع الأول اسم (ضمان التعاقد) وعلى النوع الثاني اسم (العمل غير المشروع).

الفصل الأول

أهم حالات الضمان في المسؤولية العقدية

يتحقق الضمان في المسؤولية العقدية إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كالالتزام بالتسليم، أو بضمان سلامة الشيء المعقود عليه، سواء أكان عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال، وهذا هو المراد بالخطأ العقدي.

وسواء أكان الالتزام في اصطلاح القانونيين التزاماً بتحقيق غاية كنقل الملكية أو البضاعة إلى مكان ما أو تسليم شيء معين، أو التزاماً ببذل عناية كالمحافظة على الوديعة والعارية والعين المستأجرة(١).

وسنبحث أهم حالات الضمان لهذا النوع من المسؤولية، وذلك في عقود البيع والإيجار والإيداع والإعارة والرهن والوكالة، إلا أننا سنجمل الكلام هنا نظراً لما سبق بيانه في بحث عقود الضمان والأمانة.

أ- الضمان في عقد البيع:

ينشأ عن عقد البيع التزامان على البائع هما: التزام بتسليم المبيع، والتزام بضمان سلامة المبيع، وهما التزامان بتحقيق غاية معينة وهي نقل الحق العيني، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل(٢).

---

(١) انظر مصادر الحق للسنهوري: ١٤٩/٦ وما بعدها.

(٢) أما نقل الملكية فهو حكم أصلي ينشأ بمجرد الإيجاب والقبول بين العاقدين أي إنه يتم بمجرد العقد ولا يتوقف على إرادة العاقد، وتحقيق حكم العقد أو مقتضاه مرده إلى الشرع، لا إلى إرادة البشر المتعاقدين.

فالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري: لا يتحقق إلا بالتسليم أي بالتخلية بين المبيع والمشتري بحيث يتمكن من قبضه، فما لم يتمكن المشتري من قبض المبيع بالتخلية أو قبضه بالفعل، لا يبرأ البائع من التزامه المذكور، ولا يعتبر أنه قد نفذ التزامه. وبالتسليم ينتقل الضمان من البائع إلى المشتري.

فإذا هلك المبيع قبل التسليم بأي سبب كان أو غصب من البائع: انفسخ البيع وسقط الثمن، وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع، إلا أنه إذا كان سبب الهلاك هو فعل شخص أجنبي، لا ينفسخ البيع حكماً، وإنما يخير المشتري بين فسخ البيع، أو إمضائه ومطالبة الأجنبي المتعدي بالضمان، على التفصيل المذكور سابقاً[1].

وإذا هلك المبيع بعد التسليم، لا ينفسخ البيع، ويتحمل المشتري تبعة هلاكه.

وقد اتفق القانون والفقه الإسلامي على أن هلاك المبيع قبل التسليم موجب لفسخ العقد، والنص القانوني هو: «إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، انفسخ البيع، واسترد المشتري الثمن، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسليم المبيع»[2].

ويقابل التزام البائع بتسليم المبيع التزام المشتري بتسليم الثمن، فإذا هلك الثمن قبل القبض من البائع، وكان عيناً مثلياً: لا ينفسخ البيع، لأنه يمكن تسليم مثله، بخلاف المبيع لأن للمشتري غرضاً معيناً فيه. وأما إذا هلك الثمن وليس له مثل في الحال في الأسواق، فقال أبو حنيفة: ينفسخ العقد، وقال الصاحبان: لا ينفسخ وإنما يخير البائع بين فسخ البيع، أو أخذ قيمة الشيء التالف.

والتزام البائع بضمان سلامة المبيع أو ضمان الدَّرَك بتعبير الفقهاء: هو التزام سلامة المبيع مما يمكن أن يلحقه من حق لغير البائع في عينه أو مما قد يظهر فيه من عيب موجب للضمان والرد على صاحبه. والقسم الأول هو المعروف قانوناً وفقهاً بضمان الاستحقاق، والثاني هو ضمان العيب.

---

(١) انظر ص٧٧٢ من هذا المجلد، وراجع المبسوط: ١٣/ ٩، البدائع: ٥/ ٢٣٨، الدر المختار ورد المحتار: ٤/ ٤٤.

(٢) المادة ٤٣٧ مدني مصري م٤٠٥ مدني سوري.

فإذا ظهر في المبيع ما يناقض هذا الالتزام، كان البائع ضامناً له، وعلى ذلك إذا استحق المبيع كله أو بعضه بأن ظهر أنه مملوك لغير بائعه أو أنه مال موقوف أو مسروق، كان البائع مسؤولاً عن ذلك، ويتحمل هو تبعة الضمان، والضمان يكون هنا بفسخ البيع ورد الثمن على المشتري، إذا رجع المشتري على البائع مطالباً بالثمن، وعندئذ ينفسخ العقد، لا أنه ينفسخ بنفسه بمجرد الاستحقاق، وإنما يتوقف على إجازة المستحق، وهذا هو الصحيح في مذهب الحنفية(١). ولا نجد عند فقهائنا تصريحاً بالتعويض عن الخسارة التي قد تلحق المشتري بسبب الاستحقاق ونحوه، وإنما يتحمل هو الغرم كما يكون له الغلة والغنم(٢). وهذا مخالف لما عليه القانون المدني الذي يجيز للقاضي الحكم للمشتري بما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع(٣).

وإذا وجد في المبيع عيب قديم عند البائع سواء أكان موجوداً قبل انعقاد البيع أم بعده قبل التسليم كالمرض والكسر والتخرق والتعفن والحموضة فيما هو حلو عادة، كان البائع مسؤولاً عن ذلك، فيخير المشتري بين أمرين: إمّا أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى صاحبه ويسترد الثمن، أو أن يمضي العقد ويدفع كل الثمن. وذلك بشروط منها: إثبات وجود العيب عند البائع، وجهل المشتري بوجود العيب عند العقد والتسليم، وعدم تبرؤ البائع منه(٤).

وليس للمشتري الحق في إبقاء المبيع عنده والرجوع على البائع بنقصان العيب إلا برضا البائع وإرادته.

وقد اتفق الفقه والقانون على ضرورة ضمان البائع عدم التعرض، وسلامة المبيع من كل عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه(٥).

(١) درر الحكام: ٢/ ١٨٩ وحاشية الشرنبلالي عليه.
(٢) انظر مجمع الضمانات: ص٢٣٥، ٢٤١، القوانين الفقهية: ص٣٣٤.
(٣) انظر المادة ٤٤٣ مدني مصري، ٤١١ مدني سوري.
(٤) انظر البدائع: ٥/ ٢٧٥، فتح القدير: ٥/ ١٥٣، كتابنا الفقه الإسلامي: ١/ ٢٩٢.
(٥) انظر المادتين ٤٣٩، ٤٤٧ مدني مصري، ٤٠٧، ٤١٥ مدني سوري.

ب- الضمان في عقد الإيجار:

إذا كانت الإجارة إجارة أشياء فهي كعقد البيع، يلتزم بها المؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر[(١)]، كما يلتزم أيضاً بضمان التعرض والعيب، وكلاهما التزام بتحقيق غاية، وعلى المستأجر مقابل ذلك وهو دفع الأجرة، والمحافظة على العين المؤجرة، وهو التزام ببذل عناية.

وإذا كانت الإجارة إجارة أشخاص، يلتزم المؤجر بدفع الأجرة عند إنجاز العمل، أو بعد التسليم، ويلتزم المستأجر بالقيام بعمل معين، فهو ملتزم بتحقيق غاية معينة.

ففي إجارة الأشياء: يلتزم المؤجر بتسليم المأجور إلى المستأجر، فإذا لم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة من المأجور، وذلك بالتسليم أي بالتخلية بينه وبين المأجور، لا يعتبر المؤجر قد نفذ التزامه، ولا يلزم المستأجر بالتالي بالأجرة.

وعلى هذا إذا استحال على المؤجر تنفيذ التزامه المذكور بقوة قاهرة كأن هلكت العين المؤجرة قبل التسليم، انتهت الإجارة ولم تجب الأجرة على المستأجر، لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه.

وإذا طرأت الاستحالة أثناء الانتفاع، سقط التزام الأجرة عن المدة المتبقية، ولزم المستأجر أجرة المدة السابقة لحدوث الاستحالة، كأن ينقطع ماء الحمام أو ماء الرحى، وتتعطل، فيسقط الأجر اعتباراً من وقت انقطاع الماء. وإن كان الانقطاع لمدة مؤقتة سقط من الأجر ما يقابل تلك المدة. ومثل ذلك أيضاً: «لو استأجر شخص حماماً في قرية ففزعوا ورحلوا، سقط الأجر عنه، وإن نفر بعض الناس، لا يسقط الأجر» «ولو انهدم بعض الدار يسقط من الأجر في رأي الحنفية بمقدار المنهدم. وقال ابن الشِّحنة: ظاهر الرواية أنه لا يسقط من الأجر شيء بانهدام بيت من الدار أو حائط»[(٢)].

---

(١) أما الالتزام بنقل المنفعة فيحدث بمجرد العقد أي بالإيجاب والقبول، دون توقف على إرادة العاقد، وتحقيق هذا الأثر منوط بإرادة الشرع، فالعقود جَعْلية شرعية.

(٢) الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٠، ٥٣ وما بعدها، ط البابي الحلبي، البدائع: ٤/ ١٩٧.

ولو انهدم أحد شيئين تم استئجارهما معاً بصفقة واحدة كدارين مثلاً سقط من الأجر ما يقابل الجزء الهالك.

وكذا لو غصب بيت من الدار أو امتنع المؤجر من تسليم بيت منها، لم يلزم بأجر البيت[١].

ويلتزم المؤجر أيضاً في إجارة الأشياء بضمان التعرض وبضمان العيب، فلو تعرض شخص للمستأجر، فحال بينه وبين الانتفاع بالمأجور، كان المؤجر ضامناً بمعنى أن المستأجر تسقط عنه الأجرة. مثلاً: لو غصب غاصب الدار المأجورة، وعجز المستأجر عن إزالة يد الغاصب، ولم يقصر في ذلك، فلا أجر عليه بعد حدوث الغصب لعجزه عن الانتفاع بالشيء المأجور، ويكون ذلك مثل خراب الدار وانقطاع ماء الرحى ونحوهما. أما قبل الغصب فعليه أجرة المدة التي انتفع فيها[٢].

ولو حدث في العين المؤجرة عيب يخل بالانتفاع بها[٣]، بأن استحال أو تعذر استيفاء المنفعة كلياً بسبب فواتها أصلاً أو حدث إخلال بها، كان المؤجر ضامناً لهذا العيب الطارئ، بمعنى أن المستأجر يكون بالخيار بين فسخ العقد، أو الإبقاء عليه باستيفاء المنفعة مع العيب، وإعطاء الأجرة كاملة (انظر م٥١٦ مجلة) مثلاً: لو حدث بالدابة المؤجرة مرض، أو طرأ عطل على سيارة مأجورة، أو انهدمت الدار كلها، أو انقطع ماء الرحى (الطاحون) أو ماء الأرض المأجورة، ثبت للمستأجر حق فسخ العقد، لأن المعقود عليه قد زال في الوقت الحاضر، ولم يمكن الانتفاع به على الوجه المعتاد.

ويلتزم المستأجر أيضاً في إجارة الأشياء بالمحافظة على العين المؤجرة وهو التزام ببذل عناية كما أشرنا، والمقصود هو العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، فإذا

---

(١) البدائع: ٤/ ١٩٦ وما بعدها، رد المحتار: ٥/ ٥٤.

(٢) رد المحتار والدر المختار: ٥/ ٥٣ وما بعدها، البدائع: ٤/ ١٩٦.

(٣) العيب الذي يخل بالانتفاع: هو ما يستحيل معه استيفاء المنفعة (أي يفوت كلياً على المستأجر المنفعة المقصودة من الشيء المأجور) كانهدام الدار وانقطاع ماء الرحى، أو يخل بالانتفاع على وجه صحيح كهبوط سطح الدار (راجع المادة ٥١٤ مجلة).

قصر في ذلك اعتبر متعدياً يستوجب فعله الضمان، إذ من المعلوم سابقاً أن العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، والتقصير بالحفظ يجعل المستأجر وهو المدين هنا مسؤولاً عن فعله، فإذا استعمل المأجور استعمالاً غير مألوف أو غير مشروط أو تعسفاً، كان متعدياً ضامناً لهلاك الشيء مثل أن يستخدم دار السكنى مصنعاً أو يزيد في الحمولة، أو يمتنع عن رد المأجور بعد انتهاء الإجارة، فيتلف، فيضمنه.

وهنا ينبغي أن يلاحظ أن القانون المدني السوري وأصله المصري قد خالف الفقه الإسلامي في تعيين مقدار العناية الواجب بذلها على المستأجر أو المستعير، فهي قانوناً عناية الرجل المعتاد، وفقهاً يحفظ الشيء كما يحفظ مال نفسه بحسب كونه حريصاً أو متوسطاً أو مهملاً. لكن اتفق القانون والفقه في جعل هلاك العين المؤجرة على المستأجر في غير حالة الاستعمال المألوف، وعلى هذا تنص المادة الآتية[1]:

(١) يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد.

(٢) وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً.

وفي إجارة الأشخاص: يلتزم الأجير بالقيام بعمل معين، وهو التزام بتحقيق غاية في الغالب، والتزام ببذل عناية أحياناً.

فإذا كان للأجير المشترك أثر ظاهر في العين التي سلمت إليه كالخياط والصباغ والقصار، والنساج والنجار والطحان، والوراق ونحوهم، كان التزامه بتحقيق غاية وهو إنجاز العمل، فإذا هلكت العين في يد الأجير، قبل التسليم لصاحبها، سقط الأجر، وكان الأجير هو المتحمل تبعة الضمان، كما ذكرنا سابقاً، إلا إذا كان سبب الهلاك أجنبياً ذا قوة قاهرة أي لا يمكن الاحتراز منه.

وإذا لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح، كان التزامه

---

(١) م٥٨٣ مصري، ٥٥١ سوري.

أيضاً بتحقيق غاية وهو تسليم العين لصاحبها، فإن هلكت كان ضامناً، كما ذكرنا سابقاً[١].

وإذا كان عمل الأجير المشترك غير مضمون النتيجة، وإنما يلتزم فقط بقدر من العناية اللازمة كالطبيب والجراح والفصاد والختان ونحوهم وكل أجير خاص، كان التزامه ببذل عناية لا بتحقيق غاية، فإذا كان هؤلاء يقومون بعملهم على الوجه المعتاد، ثم سرى أثر العمل إلى التلف فلا ضمان عليهم، لأنه ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك[٢]، وقد قدمنا أن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يكون مضموناً. وبهذا يظهر أن مسؤولية الأطباء والجراحين والصيادلة والمهندسين والمحامين والقضاة ونحوهم من أرباب المهن الفنية هي مسؤولية عقدية. قال ابن رشد: فأجمع العلماء على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية[٣] وقال ﷺ: «من تطبب وهو لا يُعلم منه طب، فهو ضامن»[٤] وقال أيضاً: «أيما طبيب تطبب على قوم، لا يعرف له طب قبل ذلك، فأعْنَت، فهو ضامن»[٥].

وقال العلامة خليل صاحب المتن المشهور عند المالكية، وشارحه الدردير[٦]: إذا جهل الطبيب علم الطب في الواقع، أو علم وقصر في المعالجة حتى مات المريض بسبب ذلك فإنه يضمن، وكذا يضمن إذا داوى المريض بلا إذن صادر منه، أو بإذن غير معتبر شرعاً كأن داوى صبياً بإذنه.

---

(١) البدائع: ٤/ ٢٠٤ وما بعدها.

(٢) المبسوط: ٥/ ١٠٤، تبيين الحقائق: ٥/ ١٣٧، تكملة فتح القدير: ٧/ ٢٠٦، رد المحتار والدر المختار: ٥/ ٤٧، مجمع الضمانات: ص٤٧.

(٣) بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٩.

(٤) أخرجه أبو داوود والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٥) أخرجه أبو داوود عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز (جامع الأصول: ١١/ ١٤) والمراد بقوله «تطبب» أي طبّ إنساناً وليس بطبيب فآذاه. وقوله «أعنت» من العنت: وهو الوقوع في أمر شاق.

(٦) راجع الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٥.

جـ- الضمان في عقد الإيداع:

على الوديع حفظ الوديعة للمالك، لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ وائتمان، ومن جانب الوديع التزام بالحفظ، فيلزمه الحفظ حتى ترد الوديعة لصاحبها، لقوله عليه السلام: «المسلمون عند شروطهم»، وهذا التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية، والعناية المطلوبة: هي العناية التي يبذلها الشخص في حفظ ماله، فيحفظ الوديع الوديعة كما يحفظ ماله عادة في حرز المثل، وذلك بيده أو بيد من هو في عياله ممن تلزمه نفقته كالزوجة والولد والخادم الخاص. فإذا أخل بواجبه في الحفظ، كان متعدياً ضامناً لهلاك الوديعة كما في الحالات الآتية(١):

ترك الحفظ، إيداع الوديعة عند غيره ممن لا يودع ماله عنده عادة بلا إذن من المالك وبغير عذر، استعمال الوديعة كاللبس والركوب، مخالفة شرط المودع في الحفظ إذا كان شرطاً مفيداً، السفر بالوديعة في طريق غير آمن، جحود الوديعة وحبسها عنده بعد طلب المالك لها، خلط الوديعة مع غيرها خلطاً لا يمكن التمييز بينهما.

ويشترط شرعاً أن يحفظ الوديع الوديعة بنفس الأهمية والكيفية التي يحفظ بها ماله.

وقد خالف القانون المدني ما عليه الفقه الإسلامي في تحديد نوع العناية الواجب بذلها لحفظ الوديعة، وذلك في المادة الآتية(٢):

١- إذا كانت الوديعة بغير أجر، وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أَزْيَدْ من عناية الرجل المعتاد.

٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد. أما الفقه فيقرر وجوب الحفظ على النحو الذي يحفظ به الوديع ماله.

---

(١) المبسوط: ١١/ ١١٣، تكملة فتح القدير: ٧/ ٩١، البدائع: ٧/ ٢١١ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص٦٨.

(٢) انظر المادة ٢٧٠ مدني مصري، ٦٨٦ مدني سوري، وانظر المادتين التاليتين بعدها.

د- الضمان في عقد الإعارة:

على المستعير المحافظة على الشيء المعار، وذلك ببذل قدر من العناية التي يبذلها الرجل في حفظ ماله، والالتزام هنا التزام ببذل عناية كما في عقد الإيداع، فإذا قصر المستعير بواجبه أو تعدّى على العين المعارة، فهلكت، كان ضامناً المثل أو القيمة، كما في الحالات الآتية(١):

ترك الحفظ، التضييع والإتلاف، إيجار العارية أو استعمالها استعمالاً غير مشروط أو غير مألوف، المخالفة في كيفية الحفظ كأمر المالك ألا يغفل عنها، ففعل، ونحو ذلك مما ذكرناه في الإيداع.

والفقه الإسلامي والقانون المدني متفقان على ذلك، كما يبدو من المادة التالية(٢):

١- «على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله، دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد» لكن الفقه يكتفي ببذل العناية التي يحفظ بها ماله.

٢- «وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له، أو الشيء المعار، فاختار أن ينقذ ما يملكه».

هـ- الضمان في عقد الرهن:

يلتزم المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة بعد قبضها، وذلك بالعناية التي تكون من الشخص المعتاد بأن يحفظ المرهون بنفسه أو زوجته، أو ولده أو خادمه، كما في حال الإيداع، والالتزام هنا أيضاً التزام ببذل عناية ما دام الدين لم يدفع إلى الدائن المرتهن.

---

(١) البدائع: ٢١٨/٦ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص٥٥.

(٢) انظر المادة ٦٤١ مدني مصري، ٦٠٧ مدني سوري.

فإذا أخل المرتهن بواجبه في الحفظ كان عند الحنفية ضامناً من المرهون بهلاكه بما يقابل مقدار الدين: فإن كان الهلاك بتعد أو تقصير، ضمن المتعدي الرهن سواء أكان مرتهناً أم راهناً أم أجنبياً. وإن كان الهلاك بغير تعد ولا تقصير ولا إهمال من المرتهن في الحفظ، سقط من الدين عند الحنفية بمقدار قيمة الرهن، لأن يد المرتهن عندهم هي يد ضمان بقدر الدين أي بقدر مصلحته، كما ذكرنا سابقاً وبينا الآراء الفقهية المخالفة في يد المرتهن أهي يد أمانة أم يد ضمان[١]. وقد اقترب القانون المدني من مذهب الحنفية في الأصل العام ليد الدائن المرتهن، فنص على ذلك بما يأتي[٢]: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه».

وعلى هذا لا يصح للمرتهن إعارة المرهون، فإن أعاره فهلك في يد المستعير، ضمن، سواء هلك في حالة الاستعمال أو في غيرها. وليس للمرتهن أن يتصرف ببيع أو إجارة، كما أنه ليس له أن ينتفع به لا بالاستخدام ولا بالسكنى ولا باللبس إلا أن يأذن له المالك الراهن، فإن فعل، كان متعدياً ضامناً إذا هلك المرهون حينئذ.

و- الضمان في عقد الوكالة:

على الوكيل أن يقوم بواجبه الموكل فيه، وأن يبذل فيه من العناية التي يبذلها الرجل المعتاد، فإذا قصر في ذلك كان متعدياً ضامناً. وهذا موافق لما عليه القانون المدني، ونص المادة في ذلك مشابه للنص السابق المذكور في عقد الإيداع[٣]. وعلى هذا يعرف حكم تصرفات وأحوال الوكلاء فيما يأتي[٤]:

---

(١) البدائع: ٦/ ١٥٤ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٠٨ وما بعدها.
(٢) انظر المادة ١١٠٣ مدني مصري، والمادة ١١٠٢ منه.
(٣) انظر المادة ٧٠٤ مدني مصري، ٦٧٠ مدني سوري.
(٤) البدائع: ٦/ ٢٣ وما بعدها، المبسوط: ١٩/ ٤ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٦/ ١٠ وما بعدها، الدر المختار: ٤/ ٤٣٠ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص٢٤٥ وما بعدها.

ففي الوكالة بالخصومة (أي المحاماة في عرفنا اليوم): يلتزم الوكيل بالمرافعة أمام القضاة، وحضور جلسات المحاكم حسب الإجراءات المتبعة، فإن قصر بواجبه كان مسؤولاً. ويملك الإقرار على موكله عند جمهور الحنفية خلافاً لزفر وبقية المذاهب، ولا يجوز له قبض المال المقضي به على الرأي المفتى به عند الحنفية: (وهو قول زفر) لظهور الخيانة في الوكلاء وهو أيضاً قول الشافعية والحنابلة، لأن ذلك غير مأذون به.

وفي الوكالة بتقاضي الدين: لا يملك الوكيل بالتقاضي قبض الدين عرفاً، وهو المفتى به عند الحنفية، وإلا اعتبر مسؤولاً.

وفي الوكالة بقبض الدين: يعتبر المقبوض أمانة بيد الوكيل كالوديعة باتفاق الفقهاء، فإذا هلك عنده بغير تعد ولا تقصير يبرأ من الضمان، وإن وجد تعد أو تقصير، كان ضامناً للقيمة.

وفي الوكالة بالبيع: للوكيل إذا كان مطلق التصرف أن يبيع بأي ثمن كان، قليلاً أو كثيراً، نقداً أو مؤجلاً وإن كان بغبن فاحش، لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه، ولا يجوز تقييده إلا بدليل كتهمة ونحوها.

وهذا رأي أبي حنيفة، وقال صاحباه وجمهور الفقهاء: لا يجوز للوكيل أن يبيع بأقل من ثمن المثل أو بثمن مؤجل، وله البيع بثمن معجل بنقصان يتغابن الناس فيه عادة، ولا يجوز فيما لا يتغابن الناس فيه، لأن الوكيل ممنوع من الإضرار بالموكل، مأمور بالنصح له. فإن أخل بواجبه كان مسؤولاً، كما أنه يكون مسؤولاً في البيع لنفسه أو لزوجته أو لأحد من أصوله أو فروعه، وذلك بجعل البيع متوقفاً على إجارة الموكل.

وفي الوكالة بالشراء: للوكيل المطلق التصرف أن يشتري بأي ثمن عند أبي حنيفة.

وقال الصاحبان وجمهور الفقهاء: للوكيل بالشراء أن يشتري بزيادة يتغابن الناس في مثلها عادة، ولا يجوز له الشراء بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس فيه إلا بإذن الموكل، لأنه مأمور بالنصح للموكل، منهي عن الإضرار بمصالحه، وفي الزيادة عن ثمن المثل إضرار يستوجب المسؤولية وذلك بجعل الشراء للوكيل.

مقارنة:

يقرر القانونيون أنه إذا لم يمكن تنفيذ الالتزام العقدي تنفيذاً عينياً، يحكم القاضي على المدين بالتعويض، وحينئذ تقوم المسؤولية العقدية، ويعتبر عدم تنفيذ المدين التزامه الناشئ من العقد هو الخطأ العقدي ويتحقق هذا الخطأ سواء أكان عدم تنفيذ الالتزام ناشئاً عن عمد أو عن إهمال، أو بسبب أجنبي كالقوة القاهرة. والالتزام نوعان: التزام بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، والتزام ببذل عناية. والعناية المطلوبة كأصل عام هي عناية الشخص المعتاد، والخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو عدم تحقيق هذه الغاية أياً كان السبب ولو قوة قاهرة، أما في الالتزام بذل عناية فيكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة.

وفي ذلك يتفق الفقه والقانون، لكن يلاحظ أن الفقه الإسلامي لا يقرر مسؤولية المدين عن السبب الأجنبي إلا إذا كان العقد عقد ضمان كعقد الإعارة عند الحنابلة والرهن عند الحنفية، أما إذا كان من عقود الأمانة فلا يسأل المدين عن السبب الأجنبي، وإنما يسأل عن فعله الشخصي الصادر عنه عمداً أو إهمالاً. وأما القانونيون فيمنعون المسؤولية عن السبب الأجنبي لعدم توافر أحد أركان المسؤولية العقدية: وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ويجوِّز القانونيون الاتفاق على جعل المدين مسؤولاً عن السبب الأجنبي، أما الفقهاء المسلمون فلا يجيزون الاتفاق على جعل مسؤولية الأجير المشترك مثلاً عما لا يمكنه الاحتراز منه[١]، بل إنهم لا يجيزون تغيير طبيعة العقد بالاتفاق على تعديل المسؤولية، فلو شرط على الأمين كالوديع أو المستأجر الضمان، بطل الشرط لمنافاته مقتضى العقد الذي يعتبر من عقود الأمانات.

وإذا كانت العناية المطلوبة في الالتزام ببذل عناية هي قانوناً كأصل عام عناية الرجل المعتاد وشرعاً العناية التي يحفظ بها ماله، فلا مانع فقهاً وقانوناً من اتفاق المتعاقدين على عناية تزيد أو تنقص عن عناية الرجل المعتاد، ففي حالة الأجير

(١) مجمع الضمانات: ص٢٧، مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ١٦٢.

الخاص يكتفى بمطلق الحفظ، ولا يضمن ما هلك في يده أو بعمله إلا إذا تعمد الإتلاف كما عرفناه سابقاً، وهذا أقل من عناية الرجل المعتاد. والأجير المشترك كالأجير الخاص عند أبي حنيفة يده يد أمانة، لكن في رأي الصاحبين وفقهاء المالكية يده يد ضمان، ومعنى ذلك أنه يتطلب عناية تفوق العناية المعتادة، فلا تنتفي مسؤوليته مطلقاً إلا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي لا يمكن الاحتراز منه كقوة قاهرة من حريق غالب أو غرق غالب، أو عدو مكابر.

والعناية المطلوبة في فقهنا في حفظ الودائع والأموال المعارة هي كما عرفنا عناية الرجل في حفظ ماله.

ويجوز قانوناً الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أصلاً إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم[1]. أما الفقه الإسلامي فلا يجيز مثل هذا الاتفاق على إطلاقه وإنما يجوز في بعض الحالات كاشتراط البائع على المشتري البراءة من كل عيب، فإن هذا الشرط صحيح مطلقاً عند الحنفية، ومقيد عند المالكية بالعيوب التي لا يعلمها البائع، وعند الشافعية بالعيوب الباطنة في الحيوان خاصة، وعند جماعة من الحنابلة: لا يصح هذا الشرط.

(١) مصادر الحق: ٦/ ١٢٦.

الفصل الثاني

أهم حالات الضمان في المسؤولية التقصيرية

ذكرنا أن المسؤولية التقصيرية قانوناً تنشأ عند مخالفة التزام قانوني كالغصب والإتلاف، إذ إن الإنسان يلتزم قانوناً بعدم الإضرار بالآخرين، وأما شرعاً فهي تنشأ أيضاً بسبب مخالفة التزام شرعي وهو مبدأ احترام حقوق الغير.

وإن أهم الحالات التي يثار بشأنها موضوع الضمان إما أن يكون الفعل فيها صادراً عن الشخص المتعدي أو المخطئ نفسه، أو عن أشخاص خاضعين لرقابته أو تابعين له، أو عن شيء أو حيوان مملوك له.

أولاً- ضمان الفعل الشخصي:

أبرز الإسلام مبدأ المسؤولية الشخصية أو الفردية عن كل عمل يصدر عن الإنسان: إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، وفي هذا تكريم للإنسان وإشعار له بأهمية وجوده وخطورة أعماله. والمسؤولية في الإسلام ذات شقين: مسؤولية نظامية في الحياة الدنيا، ومسؤولية أخروية في عالم الآخرة، وهذه مؤجلة إلى يوم الحساب لحكمة عميقة، هي ترك المجال للإنسان ليصلح نفسه بنفسه تخوفاً من العذاب الأليم، ولمراقبة الله في كل حال.

وأما المسؤولية الأولى: فلا بد منها لإصلاح نظام الحياة، وإقرار الأمن

والطمأنينة ومنع الظلم والعدوان. وبما أنه من الصعوبة بمكان مراقبة تصرف كل إنسان، فقد قرر التشريع الإسلامي أن كل واحد مسؤول عن عمله وخطئه الشخصي، وعليه وحده يقع عبء هذه المسؤولية وتحمل آثارها ونتائجها، حتى تتهيأ عنده الخشية من العقاب قبل الإقدام على أي فعل من الأفعال، فلا يسأل شخص عن آخر، ولا يتحمل امرؤ تبعة شخص آخر، حتى ولو كان أقرب الناس له، ما دام كبيراً راشداً، قال تعالى: ﴿كُلُّ ٱمْرِيٍٕ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٥٢/٢١]. ﴿لِكُلِّ ٱمْرِيٍٕ مِّنْهُم مَّا ٱكْتَسَبَ مِنَ ٱلْإِثْمِ﴾ [النور: ٢٤/١١] ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ وَإِن تَدْعُ مُثْقَلَةٌ إِلَىٰ حِمْلِهَا لَا يُحْمَلْ مِنْهُ شَيْءٌ وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰٓ﴾ [فاطر: ٣٥/١٨][1]. (أي وإن تدع نفس متحملة بالأوزار شخصاً آخر) ﴿لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة: ٢/٢٨٦] ﴿قُل لَّا تُسْـَٔلُونَ عَمَّآ أَجْرَمْنَا وَلَا نُسْـَٔلُ عَمَّا تَعْمَلُونَ ﴿٢٥﴾﴾ [سبأ: ٣٤/٢٥].

وبذلك تقرر هذه الآيات مبدأ تحمل التبعة الفردية، فكل فرد يسأل عن عمله، لا عن عمل غيره، وكل إنسان يتحمل تبعات أعماله، ولا يتحملها عنه غيره.

وعلى هذا فمن تعدى على مال غيره، فأتلفه أو عطل منفعته أو أحدث فيه خللاً أو نقصاً، وجب عليه ضمانه والتعويض عن الضرر الذي ألحقه بغيره. وتفصيل الكلام على الأعمال الشخصية قد سبق ذكره في بحث أركان المسؤولية.

ولكن يلاحظ أنه وإن كان الأصل العام في الشريعة وفي القانون هو مبدأ المسؤولية الفردية، فلا يعني ذلك عدم وجود استثناءات في الظاهر يقتضيها العدل[2]، وضرورة الحفاظ على حقوق الآخرين، وهذه الاستثناءات محدودة في أحوال معينة، وهي في الحقيقة ناشئة عن تقصير في حفظ المباشر للخطأ، وتفريط في مراقبته، وإهمال للشيء المتسبب في الضرر. وهذا ما يعبر عنه القانونيون بالمسؤولية القائمة على خطأ مفترض وهي تشمل المسؤولية عن عمل الغير كالقصر، ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع كالعمال والخدم والموظفين، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء كحارس البناء أو الحيوان، ونحو ذلك مما سنبحثه فيما يأتي.

---

(١) وقد تكرر ذكر آية ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ عدة مرات في القرآن الكريم.

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود للمحمصاني: ١/٢١٩ وما بعدها.

ثانياً - ضمان فعل الغير:

قرر القانونيون مسؤولية الأولياء والأوصياء عن عمل الغير، إذا كان في حاجة إلى الرقابة. والغير هنا: هو الذي يرتكب العمل غير المشروع، فيشمل القاصر والمجنون والمعتوه والمغفل والمريض كالأعمى والمشلول والمقعد.

وذلك بإلزامهم التعويض عن الضرر المدني على أساس افتراض الخطأ في المسؤول بإهماله في الرقابة لأعمال هؤلاء[١]. وهذا ما نص عليه القانون المدني في مصر وسورية[٢] استثناء من المبدأ العام في المسؤولية عن الأعمال الشخصية الذي نصت عليه المادة الآتية: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض»[٣].

أما الفقهاء المسلمون فقد قرروا مسؤولية القصر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم، وذلك من أموالهم الخاصة الحاضرة أو المستقبلة التي تتكون لديهم بعد الرشد، مما يدل على اتجاههم في التضمين نحو النزعة الموضوعية المادية. ومن عبائرهم في هذا المضمار: «الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من المال»[٤] «إن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان»[٥].

وهذا ما قرره أيضاً علماء أصول الفقه، فإنهم قالوا: لا تصح إقرارات الصغير

---

(١) الوسيط للسنهوري: ١/ ٩٩٢ وما بعدها، موجز النظرية العامة للالتزام للدكتور حجازي: ١/ ٥١٢ وما بعدها.

(٢) تنص المادة ١٧٣ مصري، ١٧٤ سوري على ما يأتي: «(١) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة، بسبب قصره، أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع، ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز. (٢) ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة... إلخ».

(٣) انظر المادة ١٦٣ مصري، ١٦٤ سوري.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٧٨، وراجع أيضاً درر الحكام: ٢/ ٢٧٣ .

(٥) الفروق للقرافي: ٤/ ٣١.

وعقوده، وإن أجازها الولي، لكن يؤاخذ بضمان الأفعال الجنائية في إتلاف الأموال[١].

وعليه فإن هؤلاء القصر وأمثالهم يضمنون الأضرار الناجمة عن أفعالهم، سواء أكان الصبي مميزاً أم غير مميز، ونصت المجلة على ذلك: «إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله، وإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ولا يضمن وليه» (م٩١٦ مجلة) «..يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير، وإن كان غير مميز» (م٩٦٠). ولا يسأل الأولياء والأوصياء عن فعل غيرهم إلا إذا صدر منهم ما يوجب الضمان، كالتقصير في الحفظ عمداً أو الإغراء بالإتلاف أو التسليط على الضرر، أو الأمر به ونحو ذلك، على أساس قاعدة التسبب والمباشرة في الأعمال السابق ذكرها. ويمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض لولي الصغير إذا أثبت تقصيره في الحفظ ما دام غير المميز لا يستطيع حفظ نفسه. وبه يتبين أن الفقه الإسلامي لا يأخذ بمبدأ المسؤولية عن فعل الغير، لأن المبدأ العام في الشريعة هو المسؤولية الشخصية، إلا أنه مراعاة لمبدأ العدالة ودفعاً للضرر عن المتضرر، فإن المتسبب في إحداث الضرر يسأل عن فعله.

وقرر القانونيون أيضاً مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع إذا وجدت رابطة التبعية: وهي أن يكون لشخص على آخر سلطة فعلية تخوله الحق في رقابته وفي توجيهه، مثل العامل والخادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف ونحوهم من الأشخاص الذين يخضعون لرقابة وتوجيه غيرهم لهم، ونص القانون المدني في المادة ١٧٤ مصري، ١٧٥ سوري على ذلك. وهذه هي المسؤولية عن عمل الغير في أصدق صورها، وهي تكوّن استثناء خطيراً على القواعد العامة في المسؤولية.

والفرق بين المسؤولية عن عمل الغير ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هو أن للمسؤول في الحالة الأولى نصيباً في إحداث الضرر الذي أصاب الغير من جراء العمل الضار، وأما في الحالة الثانية فليس للمسؤول نصيب في إحداث الضرر،

---

(١) مرآة الأصول: ٢/ ٤٤٠، كشف الأسرار على أصول البزدوي: ٤/ ١٣٨٣، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٢ وما بعدها، التلويح والتوضيح: ٢/ ١٦٧ وما بعدها.

والخطأ فيها هو خطأ التابع وليس الخطأ المفترض للمتبوع، لكن القانون أراد هذه المسؤولية، ولم يجز للمتبوع التخلص منها باعتبارها كفيلاً للتابع[١].

اعتداء العبد المحجور على نفس آدمية: عبد أو أمة، فإن السيد مولى العبد يطالب بضمان فعل تابعه وهو العبد ويلزمه بدفع مثيل المجني عليه أو قيمته[٢]. كذلك بحث الفقهاء المسلمون هذا النوع من المسؤولية في حكم أعمال **«تلميذ الأجير المشترك»**[٣] فقالوا[٤]:

- إذا تلف الشيء المأجور بيد تلميذ «صانع» الأجير كالنجار والحداد والقصار ونحوهم، فلا ضمان عليه، وإنما الضمان على معلمه، لأنه هو المسؤول أصالة عن أمتعة الناس، فكأنه فعل الضرر بنفسه، لأن التلميذ نائبه. ومن هنا يعتبر أساس هذه المسؤولية شرعاً هو جعل خطأ التلميذ خطأ الأستاذ، لأنه هو الضامن أو الكفيل، كما هو رأي فقهاء القانون.

- لكن إذا وطئ التلميذ ثوباً في مهنة القصارة (أي المصبغة في عرفنا الحاضر) فخرقه، يضمن التلميذ فعل نفسه، لأن وطء الثوب غير مأذون فيه.

- ولو وقع من يد التلميذ سراج، فأحرق ثوباً من القصارة، فالضمان على الأستاذ (المعلم)، لا على التلميذ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه، فيكون المعلم هو المسؤول، كأنه فعل ذلك بنفسه.

وكذلك لو وقعت مدقة القصار من يد التلميذ على ثوب فخرقته، فالضمان على المعلم، لأن هذا من عمل القصار، فينسب الفعل إليه.

---

(١) الوسيط للسنهوري: ١/ ١٠١٤ وما بعدها، ١٠٤٠ وما بعدها ط ١٩٥٢، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ١/ ٥٢٠-٥٢٩ ط١٩٥٥. ويرى بعضهم أن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع تقوم على أساس نظرية تحمل التبعة (راجع نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية للدكتور حسن الخطيب: ص٢٠٤-٢٠٦).

(٢) البدائع: ٦/ ٢٠٧.

(٣) مجمع الضمانات: ص٤٣- ٤٥، أشباه ابن نجيم: ص١٧٠، المغني: ٧/ ٨٣١، الخرشي: ٨/ ١٠.

(٤) راجع المبسوط للسرخسي: ١٦ص ١١ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص٤٣ وما بعدها.

فإن كان الثوب الذي وقعت المدقة عليه وديعة فخرقته، فالضمان على التلميذ، لأن المعلم يسأل عن عمل التلميذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه، وذلك فيما يتعلق بشؤون الصنعة فقط.

يتلخص من تعليلات فقهاء الحنفية السابق ذكرها: أن المتبوع يسأل عن عمل تابعه إذا كان هناك عقد إجارة بينهما، وكان الضرر الواقع من التلميذ في حدود العمل الذي يشتركان في إنجازه آلة ومحلاً وكيفية بحسب العرف الشائع، أو كان مأموراً به من الأستاذ صراحة أو ضمناً، فإن لم يتحقق هذان الشرطان فلا ضمان على الأستاذ[١].

ثالثاً - ضمان الأشياء:

الأشياء التي قد ينشأ عنها مسؤولية هي إما الحيوان أو البناء أو الآلات. والقانون المدني نص في مواد ثلاث[٢] على المسؤولية الناشئة عن الأشياء على أساس الخطأ المفترض من حارسها[٣]، لكنه خطأ يقبل إثبات العكس، إذ إن هذه المواد صريحة في أن «الحارس مسؤول ما لم يثبت أن وقوع الضرر أو الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه» وهذا الخطأ هو إفلات الشيء من سيطرة الحارس أو رقابته أو صيانته[٤].

وأما الفقه الإسلامي فقد بحث فقهاؤه المسؤولية الناشئة عن فعل الحيوان تحت عنوان «جناية البهيمة» والمسؤولية الناشئة عن تهدم البناء تحت عنوان «الحائط المائل».

---

(١) راجع المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ محمود شلتوت: ص٢٨، المسؤولية التقصيرية للدكتور فيض الله: ص٣٩٠.

(٢) هي في القانون المصري ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، وفي القانون السوري هي ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩.

(٣) الحارس: هو من له السيطرة الفعلية على الشيء في توجيهه وفي رقابته ولو لم يكن مالكاً له.

(٤) انظر الوسيط للسنهوري: ١/ ١٠٥٢، موجز نظرية الالتزام لحجازي: ١/ ٥٣٠ وما بعدها.

وأما المسؤولية الناشئة عن الآلات الميكانيكية[١] وغيرها من الأشياء المادية غير الحية فيما عدا البناء مثل الأشجار والحجارة والرمال والأرض[٢] فلم يتعرض له الفقهاء المسلمون، لعدم وجود حوادث ناشئة عن ذلك في عصرهم لا لعجزهم، فلم يكن عهدهم عهد الآلة والتصنيع، ولم تحدث في زمانهم إصابات للعمال ونحوهم، والمبدأ الفقهي هو عدم مساءلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه، لكن يمكن مساءلته وفق القواعد العامة في الضمان، فيسأل المباشر للضرر وإن لم يتعد، كما يسأل المتسبب في إحداث الضرر إذا كان متعدياً بالتعمد أو التقصير أو عدم التحرز في الإضرار أو الإهمال في الصيانة، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يزال، فالمهم شرعاً لتحقق المسؤولية هو إثبات وقوع الضرر وخطأ المتسبب، ولا حاجة للقول بوجود خطأ مفترض. وقد أخذ القانون الأردني بمسؤولية صاحب المصنع على أساس المباشرة بإحداث الضرر. وهذا في الحقيقة اجتهاد من واضعيه[٣]. لذا فإننا نقتصر هنا على تفصيل الكلام في النوعين الآخرين من المسؤولية، مع الإشارة لحالة ثالثة:

١- جناية الحيوان:

اتفق الفقهاء على أن صاحب الحيوان ضامن لما يتلفه إذا كان سبباً في الضرر، بأن تعمد الإتلاف بواسطة الحيوان، أو قصر في حفظه أو كان صاحبه سائقاً أو راكباً، فإن لم يكن متسبباً في الضرر، فإن الفقهاء اختلفوا في شأن تضمين صاحبه:

فقال الحنفية: إذا أتلف الحيوان شيئاً بنفسه مالاً أو إنساناً، فلا ضمان على صاحبه سواء أوقع ذلك ليلاً أم نهاراً، لقوله ﷺ: «العجماء جُرْحها جبار» أي المنفلتة هَدَر (انظر م٩٢٩ مجلة). فإن كان صاحبها معها سائقاً أو راكباً أو قائداً أو

(١) وهذا ما يخضع للمادة ١٧٨ من القانون المدني المصري.
(٢) وهذا مما يخضع للمادة ١٧٧ من القانون المدني السوري.
(٣) وراجع المسؤولية التقصيرية للزميل الدكتور فيض الله: ص٤٣٧، المحمصاني: ١/٢٤٨، ٢٢١.

أرسلها ونحو ذلك، ضمن ما تتلفه[١]. وعلى هذا قالوا: إذا أتلف الحيوان شيئاً في المراعي المباحة لا ضمان فيه، كما لو كان لقرية خيول أو بقر في المرعى، فعض أحدها أو ضرب برجله، فأتلف حيوان شخص: لا ضمان على صاحبه، وذلك بخلاف المحل المملوك، فإن الضمان على غير المالك، كأن يكون لرجل مربط فيجيء آخر ويربط دابة عند دابة المالك فتتلف دابة المالك، فالضمان على المعتدي ولا ضمان على المالك إذا أتلفت دابته دابة الآخر[٢].

وقال المالكية في الراجح عندهم والشافعية والحنابلة: إن ما تفسده الدواب والمواشي من الزرع والشجر ونحوه مضمون على صاحبها، أو راعيها إن لم يوجد صاحبها إذا وقع الضرر ليلاً، ولا ضمان فيما تتلفه نهاراً إذا لم يكن معها صاحبها. فإن كان معها صاحبها أو ذو اليد كالغاصب والمستأجر والمستعير، راكباً أو سائقاً أو قائداً، فهو ضامن لما تفسده من النفوس والأموال[٣] لما روي أن ناقة البراء بن عازب دخلت حائطاً (بستاناً) فأفسدت فيه، فقضى نبي الله ﷺ: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»[٤] أي مضمون على أهلها.

وقال الظاهرية مثل الحنفية: لا ضمان على صاحب الحيوان فيما يفسده من دم أو مال، لا ليلاً ولا نهاراً، إلا إذا قصد الإضرار بالآخرين أو باشر التلف أو أمر به، لأنه المحرك لها، أو كان قائداً أو راكباً أو سائقاً، وفيما عدا ذلك لا ضمان،

---

(١) البدائع: ٧/٢٧٣، درر الحكام: ٢/ ١١١ وما بعدها، جامع الفصولين: ٢/ ١١٤، ١١٩، مجمع الضمانات: ص١٨٥، ١٩١.

(٢) القواعد الفقهية للحمزاوي: ص١٩٥.

(٣) المنتقى على الموطأ: ٦/ ٦١، بداية المجتهد: ٢ ص ٣١٧، ٤٠٨، القوانين الفقهية: ص٣٣٣، الفروق: ٤/ ١٨٦، فتح العزيز شرح الوجيز: ١١/ ٢٤٦، مغني المحتاج: ٤/ ٢٠٤ وما بعدها، تحفة الطلاب للأنصاري: ٢/ ٤٤٦، رحمة الأمة بهامش الميزان: ٢/ ١٦٠، نهاية المحتاج: ٤/ ١١٣، المهذب: ٢/ ٢٢٦، أعلام الموقعين: ٢/ ٢٥، الطرق الحكمية: ص٢٨٣، الإفصاح: ص٣٧٥، الميزان: ٢/ ١٧٤.

(٤) رواه مالك في الموطأ والشافعي وأحمد وأبو داوود والنسائي وابن ماجه والدارقطني وابن حبان وصححه، والحاكم والبيهقي من حديث حِرام بن مُحيّصة.

لأن جرح العجماء جبار بحكم رسول الله ﷺ[١]. وبهذا يظهر أن الفقه الإسلامي لا يتفق مع القانون في تحمل صاحب الحيوان مسؤولية الضمان، إلا على رأي الجمهور غير الحنفية والظاهرية فيما يتلفه الحيوان ليلاً.

٢- سقوط البناء أو الحائط:

إذا كان البناء منذ إنشائه آيلاً إلى السقوط إلى الطريق العام أو إلى ملك الغير، ثم سقط، فتلف به شيء، فلا خلاف بين الفقهاء في أن صاحبه يضمن كل الشيء التالف مطلقاً، لوجود التعدي بالتسبب في إحداث الضرر للناس، لأن دفع الضرر العام واجب[٢]. ومن هذا القبيل الذي يوجب الضمان منذ بدء المخالفة: إشراع الجناح (وهو إخراج الجذوع من الجدار إلى الطريق والبناء عليه) ونحو ذلك كالبناء على الشرفات من دون ترخيص إداري.

وأما إن طرأ خلل على البناء أو الحائط، فمال إلى الطريق العام، ثم سقط فتلف به مال أو إنسان أو حيوان، ففيه اختلاف بين المذاهب.

أ- **قال جمهور الفقهاء** (الحنفية بمقتضى الاستحسان والمالكية، والحنابلة في الراجح عندهم): يضمن صاحب الحائط ومن في حكمه (كالواقف والقيم والولي والراهن والشريك) ما تلف به من نفس إنسان أو حيوان أو مال، بشرط أن يسبق السقوط مطالبة ذي المصلحة بالنقض أو الإصلاح. ولا يشترط الإشهاد على طلب النقض لوجوب الضمان، وإنما هو أمر ضروري في الإثبات ليتمكن ذو المصلحة من إثبات المطالبة عند إنكار صاحب البناء. ويكون الإشهاد على ثلاثة أمور: على المطالبة أو التقدم[٣] إلى المالك في اصطلاح الفقهاء، وعلى حدوث الهلاك

(١) المحلى: ١١/٦ وما بعدها، ١٢م ٢١٠٦، ٢١١٠.

(٢) ويمكن القياس على ذلك حالة انفجار المرجل، يكون رب العمل مسؤولاً عن الضرر الحادث في حالة تحقق عيب الصنع، أو نقص في الصيانة والمحافظة. (راجع نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية التعاقدية للدكتور حسن الخطيب ص١٤٥).

(٣) عرفت المجلة التقدم في المادة (٨٨٩) فقالت: «التقدم: هو التنبيه والتوصية أولاً بدفع وإزالة مضرة مظنونة».

بالسقوط على المتضرر، وعلى كون الجدار ملكاً لهذا الشخص المدعى عليه من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط.

فإن سقط البناء قبل المطالبة وأتلف إنساناً أو مالاً، أو سقط بعد المطالبة، لكن في مدة لا يقدر فيها المالك على النقض، أو سقط بعد انتقال ملكية الحائط إلى شخص آخر ببيع أو هبة ونحوهما، فلا ضمان عليه. وإن سقط في مدة يقدر فيها على النقض فلم يفعل حتى سقط، ضمن ما يترتب على السقوط من تلف في النفوس والأموال، لتقصيره في واجبه، لأن دفع الضرر العام عن الناس أمر واجب، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

ولا عبرة بالمطالبة بالنقض لغير المالك أو من في حكمه، كساكن الدار بإجارة أو إعارة، أو كالمرتهن أو الوديع، لعدم قدرتهم على التصرف في الشيء[١]. أي إن المسؤولية تقع على عاتق المالك، ومن ثمَّ يعفى المتضرر من عبء إثبات خطأ المالك، وهذا هو الهدف الرئيسي من نظرية تحمل التبعة.

لكن في انحصار المسؤولية في المالك مخالفة لما عليه القانون المدني الذي يعتبر حارس البناء: كل من له السيطرة الفعلية عليه، سواء أكان مالكاً أم غير مالك، فيشمل المالك كأصل عام، وبائع العقار قبل التسليم، والمقاول، والمنتفع، والمستحكر[٢] والمرتهن رهن حيازة، والحائز للبناء بنية تملكه، فهؤلاء كلهم يعتبرون حراساً[٣].

ب- وقال الشافعية والظاهرية والحنفية بمقتضى القياس: لا يضمن من بنى جداره مستقيماً، فمال ولو إلى غير ملكه، وسقط وتلف به شيء، لأن الميل لم يحصل بفعله وقد بناه في ملكه ووقع من غير فعله، فأشبه ما إذا وقع من غير ميل، بل إنه

---

(١) المبسوط ٨/٢٧ وما بعدها، البدائع: ٧/٢٨٣ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/٤٢٤ وما بعدها، درر الحكام: ٢/١١٠ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص١٨٢، الشرح الكبير للدردير: ٤/٣٥٦، المغني: ٧/٨٢٧ وما بعدها، م٩٢٨ مجلة.

(٢) حق الحكر: هو حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع في أرض موقوفة بإجارة طويلة الأمد، ويكون البناء والشجر ملكاً للمستحكر.

(٣) الوسيط: ١/١٠٧٠ وما بعدها، حجازي: ١/٥٣٦.

لا يلزم بهدمه، وبنائه على نحو سليم مستقيم، ولا يجبر على إعادة البناء، سواء تمكن من ذلك أم لا، لأن القاعدة عندهم أن «ما كان أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال» وقد يكون صاحب البناء غائباً بأقصى المشرق، والحائط بأقصى المغرب(١).

وهذا في تقديري إفراط في الأخذ بالقياس، ورأي غريب لا يتفق مع العدل وقواعد دفع الضرر في الإسلام ولا سيما في وقتنا الحاضر حيث يزدحم البنيان، ويكتظ بالسكان، ويتضرر الناس كثيراً من انهدام حائط أهمل صاحبه في صيانته وترميمه، وبخاصة بعد لفت نظره وإنذاره، وبذلك يضمن صاحب الحائط أو البناء ما يترتب على سقوطه من أضرار، إذا كان مقصراً في إزالة الضرر.

٣- تبعة الجمادات الخطرة:

يسأل الإنسان الذي يحمل بعض الآلات الخطرة كالسيف والبندقية ونحوهما عن الأضرار التي يحدثها بالآخرين إذا كان مقصراً غير متحرز، قال الفقهاء: لو انفلتت فأس من قصاب كان يكسر العظم، فأتلف عضو إنسان يضمن، وهو خطأ، والدية في ماله، لأنه لا عاقلة للعجم(٢). وقال النبي ﷺ: «من مر في شيء من مساجدنا أو أسواقنا ومعه نبل، فليمسك أو ليقبض على نصالها بكفه، أن يصيب أحداً من المسلمين منها شيء»(٣).

---

(١) المهذب: ٢/ ١٩٣، تحفة الطلاب وحاشية الشرقاوي عليها: ٢/ ٤٤٨، ط البابي الحلبي، المحلى: ١٠/ ٦٣٩ م٢١٠٢.
(٢) واقعات المفتين: ص٦٤.
(٣) حديث صحيح.

الفصل الثالث

عوارض المسؤولية

قد تطرأ على المسؤولية عوارض كالصغر والجنون والإكراه، فتؤثر عليها إذا كانت المسؤولية عقدية أو جنائية، ولا تؤثر عليها إذا كانت مدنية تقصيرية على التفصيل الآتي:

ففي عارض الصغر والجنون ونحوهما كالإغماء[1]: تؤثر هذه العوارض على المسؤولية العقدية، فتعتبر عقود الصغير غير المميز والمجنون والمغمى عليه باطلة، وأما المميز فتبطل عند الحنفية تصرفاته الضارة به ضرراً محضاً كالتبرعات والكفالة، والطلاق، وتعتبر تصرفاته المترددة بين الضرر والنفع كالمعاوضات المالية موقوفة غير نافذة، وإذا كان الصبي غير المميز محجوراً عن التصرفات فلا يصح منه شيء.

وكذلك لا تصح إقرارات الصغير غير البالغ وإن أجازها وليه، ولا تصح الخصومة أو رفع الدعوى من الصبي إلا أن يكون مأذوناً، وبهذا يظهر معنى قول فقهاء الحنفية: «الصبي والمجنون يكونان محجورين بغير حجر».

وفي نطاق المسؤولية الجنائية يؤثر عارض الصغر والجنون، فلا يطبق عقاب

(١) راجع مرآة الأصول: ٢/ ٤٣٩ وما بعدها، التقرير والتحبير: ٢/ ١٧٢، كشف الأسرار: ٤/ ١٣٨٣، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٦٧ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ٢٧٣ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٣٧٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ٧٧ وما بعدها، ١٤١ وما بعدها، القواعد الفقهية للحمزاوي: ص٣٦١، المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ شلتوت: ص٢٩، الوسيط في أصول الفقه للمؤلف: ص١٥٧، ١٦٤، ١٦٦، ١٦٨.

القصاص والحرمان من الميراث بسبب اقتراف الصغير أو المجنون جريمة القتل، إذ ليس لصبي ومجنون عمد كما قال الحنفية، أو لأن العقوبة جزاء التقصير وهما ليسا من أهلها.

أما في نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية: فإن الصبي والمجنون مسؤولان عن ضمان المتلفات وكل الأفعال الجنائية، فإذا كان لهما مال وجب دفع التعويض فوراً، وإن لم يكن لهما مال ثبت في ذمتهما التزام بالدين إلى وقت اليسار. ولا يكون الولي أو القيم أو الوصي مسؤولاً عن ضمان التلف إلا إذا كان الإتلاف ناجماً عن تقصير في الحفظ أو إغراء بالاعتداء.

وتبطل الأفعال المدنية الصادرة من الصغير غير المميز كتسلم المبيع أو الوديعة، ولا يضمن تلفها لتفريط المالك بتسليمها إليه.

وبهذا يفهم قول الحنفية: «الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من المال» وقولهم: «إن الحجر يقع على الأقوال دون الأفعال» يعني أنه مؤاخذ مدنياً على الأفعال الجنائية، فيجب عليه ضمان الفعل. وأما أقواله (عقوده وإقراراته) فلا يعتد بها شرعاً لعدم تعقلها منه.

وفي الميدان الاجتماعي: يجب في مال الصبي والمجنون نفقات الأقارب المحتاجين كالآباء والإخوة ونحوهم، والضرائب المفروضة على الأراضي من عشر وخراج، وزكاة الأموال النقدية في مذهب جمهور الفقهاء غير الحنفية، أما الحنفية فإنهم لم يوجبوها ناظرين فقط إلى كونها عبادة مالية.

وأما عارض الإكراه: فقد سبق الكلام عليه وملخصه في نطاق المسؤولية المدنية والجنائية هو ما يأتي[1]:

---

(١) راجع كتب الفقه والأصول في هذا الموضوع مثل: درر الحكام: ٢/ ٢٦٩ وما بعدها، البدائع: ٧/ ١٧٥ وما بعدها، الشرح الكبير: ٣/ ٤٤٤، بداية المجتهد: ٢/ ٣٨٩، الفروق: ٢/ ٢٠٨، قواعد الأحكام: ٢/ ١٣٢، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب: ٢/ ٣٩٠ وما بعدها، القواعد لابن رجب: ص٢٨٦ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، المغني: ٧/ ٦٤٥، كشف الأسرار: ٤/ ١٥٠٢، فواتح الرحموت: ١/ ١٦٦، التقرير والتحبير: ٢/ ٢٠٦، مرآة الأصول: ٢/ ٤٦١، شرح الإسنوي: ١/ ١٧٣، أعلام الموقعين: ٤/ ١٨٣.

ففي المسؤولية المدنية **العقدية**: إن كان التصرف لا يحتمل الفسخ كالنكاح، فلا يؤثر فيه الإكراه بمعنى أن التصرف يكون نافذاً مع الإكراه.

وإن كان التصرف يحتمل الفسخ كالبيع والإجارة والرهن ونحوهما مما يعتبر سبباً من أسباب الملكية، فإن الإكراه يؤثر فيه، فيجعل التصرف غير نافذ أي موقوفاً على إجازة المستكره بعد زوال الإكراه.

وقال جمهور الفقهاء: إن الإكراه يبطل كل العقود لعدم وجود الرضا والرغبة فيها، وليس هناك اختيار صحيح بإجرائها.

وفي المسؤولية المدنية **التقصيرية**: لا يؤثر الإكراه وإنما يجب ضمان التلف الحادث بالإكراه على النفس أو المال. وقد اختلف الفقهاء في الضامن المسؤول عن إتلاف المال بالإكراه أهو المكره أو المستكره:

فقال الحنفية، والحنابلة في الأرجح عندهم: إن الضمان على المكره بالإكراه الملجئ، لأن المستكره مسلوب الإرادة، وما هو إلا آلة للمكره، ولا ضمان على الآلة اتفاقاً.

وقال الشافعية في الأرجح عندهم: إن الضمان مشترك على المكره والمستكره، لأن الإتلاف صدر من المستكره حقيقة، ومن المكره بالتسبب، والتسبب في الفعل والمباشرة سواء، لكن يستقر تحمل الضمان في النهاية على المكره في الأصح. ومن المعلوم أن الإكراه عند الشافعية نوع واحد وهو الإكراه الملجئ، وأما غير الملجئ فلا يسمى إكراهاً.

وقال المالكية والظاهرية: الضمان على المستكره، لأنه يكون في هذه الحالة كالمضطر إلى أكل طعام الغير، لإباحة فعل كل منهما، وكما أنه يجب الضمان على المضطر، يجب الضمان على المستكره.

وإن كان الإكراه ناقصاً: فالضمان على المستكره باتفاق العلماء، لأن الإكراه الناقص لا يسلب الاختيار أصلاً، فلا يعتبر المستكره آلة للمكره، فكان الضمان واجباً عليه.

وفي المسؤولية الجنائية: قد يكون هناك إكراه على القتل أو على الزنا مثلاً.

أ- **ففي حالة الإكراه على القتل**: إن كان الإكراه ناقصاً فالقصاص أو الدية على المستكره اتفاقاً، لأن الإكراه الناقص كما ذكرنا لا يسلب الاختيار.

وإن كان الإكراه تاماً ملجئاً ففي تعيين المسؤول اختلاف بين الفقهاء: فقال أبو حنيفة ومحمد وداوود الظاهري: لا قصاص على المستكره، وإنما يقتص من المكره، لأن المستكره مجرد آلة للمكره. ويظهر لنا أن هذا هو أرجح الآراء.

وفي القتل الخطأ: الدية على المكره أيضاً.

وقال أبو يوسف: لا يقتص من أحد للشبهة، وإنما تجب الدية على المكره.

وقال زفر وابن حزم الظاهري: يقتص من المستكره، لأن القتل وجد منه بالفعل.

وقال جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة): يقتص من المكره والمستكره معاً، لأن المستكره وجد منه بالفعل حقيقة، والمكره متسبب في القتل والمتسبب كالمباشر.

ب- **وفي حال الإكراه على الزنا**: إن كانت المرأة مستكرهة فلا عقاب عليها عند جمهور الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: ٢٤/ ٣٣].

وإن كان الرجل مستكرهاً على الزنا: فإن كان الإكراه ناقصاً فعليه العقاب (وهو الحد المقرر شرعاً). وإن كان الإكراه تاماً فلا عقاب عليه عند أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي، لأن الإكراه يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. وقال المالكية والحنابلة: يجب الحد على الزاني المستكره، لأن مثل هذا الفعل لا يحصل عادة وطبعاً من دون اختيار وطواعية.

الفصل الرابع

إثبات المسؤولية

نتكلم في هذا الفصل على طرق الإثبات إجمالاً، وعبء الإثبات.

أما طرق الإثبات في الإسلام التي يعتمد عليها القضاء للفصل بين المتنازعين، ففيها رأيان[1]:

١- رأي جمهور العلماء: وهو حصر طرق الإثبات في أمور معينة: هي الإقرار، وشهادة عدلين، واليمين والنكول عن اليمين والقسامة[2] وعلم القاضي، والقرينة القاطعة.

٢- رأي ابن القيم: وهو حرية القاضي في الإثبات. وقد ذكر في كتابه الطرق الحكمية خمسة وعشرين طريقاً يحكم بها الحاكم[3]، منها عدا المذكور في الرأي الأول: اليد المجردة التي لا تفتقر إلى يمين، والإنكار المجرد، والحكم باليد مع يمين صاحبها، والحكم بالشاهد الواحد، أو بالشاهد مع اليمين، الحكم بالاستفاضة والشهرة، الحكم بالخط المجرد، أو بالعلامات الظاهرة أو بالقرعة أو بالقيافة[4].

---

(١) المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا المرحوم شلتوت: ص٣٣.

(٢) القسامة: هي أن يحلف أولياء الدم خمسين يميناً في المسجد الأعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس أن فلاناً هذا هو القاتل. فيحكم بها المالكية والحنابلة: بالقصاص في القتل العمد، والدية في القتل الخطأ. وقال الشافعي وأبو حنيفة: إنما تجب بها الدية، ولا يراق بها دم (القوانين الفقهية لابن جزي: ص٣٤٨).

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: ص١٠٨ وما بعدها.

(٤) القيافة: تتبع الأثر، وإثبات النسب عن طريق التشابه في تكوين البنية البشرية.

وأما عبء الإثبات: فقد اتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على أنه يقع على المدعي المتضرر، وذلك بأن يثبت خطأ المتعدي، ووقوع الضرر. وإذا تعارضت البينتان فإن إثبات السبب المحدث للضمان يرجح إحدى البينتين على الأخرى[١].

ففي المسؤولية التعاقدية لإثبات الخطأ العقدي: يميز بين كون يد المدين يد ضمان أو يد أمانة. فإذا كانت يده يد ضمان، فعليه إثبات قيامه بالتزامه. وإذا كانت يده يد أمانة، فعلى الدائن إثبات تقصير المدين في أنه لم يبذل العناية الواجبة للمحافظة على الشيء[٢] لأن القاعدة الفقهية تقرر أن «الأمين مصدق باليمين».

وفي المسؤولية التقصيرية: على المدعي المتضرر إثبات خطأ المتعدي وأنه سبب تضرره، وهذا متمشٍ مع القاعدة العامة في الإسلام في توزيع طرق الإثبات على المتخاصمين، وهي قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[٣].

فإذا لم يتوافر عمد ولا خطأ ولا إهمال على المدعى عليه، فلا يسأل عن الضمان إلا في أحوال مسؤولية القصر أو عديمي الأهلية مما سبق ذكره كما أنه لا يسأل المدعى عليه إذا وجد خطأ من المدعي أو شخص ثالث، أو قوة قاهرة، كما ذكرنا في أحوال انتفاء المسؤولية.

مثال الخطأ من المدعي المضرور: أن يحفر رجل بئراً في الطريق العام، فيأتي آخر، فيلقي نفسه فيها متعمداً، لا يضمن الحافر. وإن لم يوقع فيها نفسه، فسقط وسلم من السقوط ومات فيها جوعاً أو غماً لا يضمن الحافر في قول أبي حنيفة. قال محمد: يضمن الحافر في الوجوه السابقة كلها، لأن الموت حصل بسبب الوقوع في البئر[٤].

ومثال خطأ الشخص الأجنبي أو الثالث: أن يفتح شخص رأس وعاء فيه شيء

---

(١) القواعد الفقهية للشيخ الحمزاوي: ص١٩٨.
(٢) انظر مصادر الحق للسنهوري: ٦/ ١٦٤.
(٣) أخرجه البيهقي بإسناد صحيح من حديث ابن عباس.
(٤) مجمع الضمانات: ص١٨٠.

جامد، ثم يأتي آخر، فيقرب ناراً من الجامد، فذاب وضاع، فالأظهر عند الشافعية أن الضمان على الثاني، لأن تقريب النار منه تصرف بالتضييع والإتلاف(١). وقال الحنفية: من تعثر بحجر فسقط في بئر حفرها رجل، فالضمان على واضع الحجر، فلو لم يضعه أحد فعلى الحافر، وكذا لو زلق أحد بماء صبه رجل فوقع في البئر فالضمان على الصاب، ولو كان الماء ماء مطر فعلى الحافر(٢).

ومثال القوة القاهرة، أو الآفة السماوية بتعبير الفقهاء: أن يضع رجل جمرة على الطريق، فهبت بها الريح، وأزالتها عن مكانها، فأحرقت شيئاً، لا يضمن الواضع. وكذا لو وضع رجل حجراً في الطريق فجاء السيل، ودحرجه، فكسر شيئاً، لا يضمن الواضع، لأن جنايته زالت بالماء والريح(٣). ومثله لو سدد أحد بندقيته أو مسدسه أي هيأه للإطلاق، فخرجت رصاصة من دون إرادته، وقتلت إنساناً، لا يضمن صاحب السلاح. وعلى هذا فإن الإتلاف لا يوجب الضمان إذا كان حادثاً بآفة سماوية أو قوة قاهرة. أما في الغصب فإن الغاصب يكون ضامناً مسؤولاً ولو حدث الهلاك بآفة سماوية، لأن الغصب يفترض وجود التعمد عند الغاصب، إذ إن عمله غير مشروع ولا مباح في حد ذاته(٤).

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز بهامش المجموع: ١١/ ٢٤٤ وما بعدها.
(٢) رد المحتار على الدر المختار: ٥/ ٣٧٨.
(٣) مجمع الضمانات: ص١٤٩.
(٤) الموجبات والعقود للمحمصاني: ١/ ٢٠٨.

الباب الثالث

الضمان في نطاق المسؤولية الجنائية

تمهيد: الجرائم إما أن تكون على الأموال أو على الأنفس. والاعتداء على المال يستوجب ضمان التعويض، والاعتداء على الأنفس يستوجب العقاب البدني، أو العقاب المالي. والعقوبات البدنية كالقتل والقطع. والمالية كإتلاف أوعية الخمر والدية والغرامات المالية. قال ابن القيم: «كان من بعض حكمته - سبحانه - ورحمته أن شرع العقوبات في الجنايات الواقعة بين الناس بعضهم على بعض في النفوس والأبدان والأعراض والأموال كالقتل والجراح والقذف والسرقة، فأحكم سبحانه وجوه الزجر الرادعة عن هذه الجنايات غاية الإحكام، وشرعها على أكمل الوجوه المتضمنة لمصلحة الردع والزجر... ورتب على كل جناية ما يناسبها من العقوبة وجعل هذه العقوبات دائرة على ستة أصول: قتل وقطع وجلد ونفي وتغريم مال وتعزير»[1]. وأما الجرائم المستوجبة للعقوبة البدنية فهي سبعة: الردة، والبغي، والزنا، والقذف، والسرقة، وقطع الطريق، وشرب الخمر[2].

وقال ابن جزي المالكي: الجنايات الموجبة للعقوبة ثلاث عشرة وهي: القتل

---

(١) أعلام الموقعين: ٢/ ٩٥ وما بعدها.

(٢) الميزان: ٢/ ١٥٢، والبغي: هو الدعوة إلى قلب الأنظمة من غير الطريق المشروع أو بالقوة (التشريع الجنائي للمرحوم عودة: ٢/ ٢١).

والجرح والزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة والبغي والحرابة والردة والزندقة، وسب الله وسب الأنبياء والملائكة، وعمل السحر، وترك الصلاة والصيام(١).

والاعتداء على الإنسان إما أن يكون على النفس كلها وهو القتل، أو على ما دون النفس وهو الجرح والضرب، أو على النفس قبل الولادة وهو الإجهاض.

أنواع القتل: القتل إما أن يكون عمداً أو خطأ، وقد يتنوع القتل إلى أنواع بحسب قصد الجاني أو نتيجة الفعل الجنائي الحادث، لذا قسم أبو حنيفة القتل إلى خمسة أنواع(٢):

١- **القتل العمد**: وهو أن يقصد الجاني ضرب المجني عليه بسلاح كالسيف والرصاص، أو ما يجري مجرى السلاح في تفريق أجزاء الجسد كالآلة المحددة (أي التي لها حد) من الخشب والحجر والنار، لأنها تشق الجلد وتعمل عمل الذبح، فالتحريق عمد، وعقابه: القَوَد أي القصاص إلا أن يعفو أولياء الدم أو يصالحوا القاتل عنه على الدية، وهو واجب عيني، فليس لولي الدم أخذ الدية إلا برضاء القاتل، ولا كفارة فيه عند الحنفية. ودليله قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ٢/١٧٨] ويحرم القاتل من الميراث هذا بالإضافة إلى الجزاء الأخروي، قال تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَٰلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُۥ وَأَعَدَّ لَهُۥ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾﴾ [النساء: ٤/٩٣].

٢- **شبه العمد عند أبي حنيفة**: هو أن يتعمد الجاني الضرب بما ليس بسلاح، ولا ما أجري مُجْرى السلاح، كالضرب بالعصا أو بالحجر والتغريق بالماء ونحو ذلك مما هو مثقل لا يفرق أجزاء الجسد عادة(٣). وهذا عند الصاحبين وبقية الأئمة: يعتبر من النوع الأول وهو القتل عمداً. وعقابه: الكفارة والدية

---

(١) القوانين الفقهية: ص٣٤٤.

(٢) البدائع: ٧/٢٣٣ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/٩٧ وما بعدها، الدر المختار: ٥/٣٧٥ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب (القدوري): ٣/١٤١ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٨/٢٤٤ وما بعدها، الفتاوى الهندية: ٦/٢ وما بعدها.

(٣) المثقل: هو ما ليس له حد جارح ولا سن طاعن كالعصا والحجر.

وحرمان القاتل من إرث المقتول إذا كان بينهما قرابة، لقوله ﷺ: «القاتل لا يرث»[(١)].

والقتل شبه العمد يقابل «الضرب المفضي إلى الموت» في اصطلاح القانون الجزائي الوضعي، فإن أعقبه الموت كان ذلك مستوجباً للمسؤولية الجنائية، وهذا موافق لرأي الصاحبين وجمهور العلماء.

٣- **القتل الخطأ**: وهو نوعان:

خطأ في القصد أو في ظن الفاعل: وهو أن يرمي الجاني شخصاً ظنه صيداً أو عدواً، فإذا هو إنسان معصوم الدم مسلم أو معاهد. أي إن الخطأ راجع إلى فعل القلب وهو القصد.

وخطأ في الفعل نفسه: وهو أن يرمي هدفاً معيناً أو صيداً، فيصيب إنساناً، أو يقصد رجلاً فيصيب غيره أي إن الخطأ راجع إلى أداة الرمي، أو يريد رجلاً فأصاب حائطاً ثم رجع الرصاص فأصاب هذا الرجل الذي يريد قتله، لأن رجوع الرصاص سبب آخر، والحكم ينسب لآخر أسبابه. ومثله: لو سقط من يده خشبة أو لبنة، فقتل رجلاً، فهو خطأ في الفعل، ولا قصد فيه. وعقابه: الكفارة والدية، لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٤/ ٩٢]، والحرمان من الإرث.

٤- **ما جرى مجرى الخطأ**: وهو مثل النائم الذي ينقلب على رجل فيقتله، فهو معذور كالمخطئ. وعقابه: الكفارة والدية وحرمان الإرث.

٥- **القتل تسبباً**: مثل حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وواضع الخشبة مثلاً على الطريق العام بغير إذن من السلطة الحاكمة. وعقابه تحمل الدية، إذ إن القتل لم يوجد من هؤلاء حقيقة، لكن كان فعلهم تعدياً مستوجباً للضمان، فألحق بالقتل في المسؤولية أي في التضمين[(٢)]. ولا يكون مانعاً من الإرث.

وللمذاهب الأخرى تقسيمات أخرى للقتل، فعند المالكية: تقسيم ثنائي فقط إلى

---

(١) رواه الترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة.

(٢) القتل المانع من الإرث عند الحنفية: هو القتل مباشرة لا تسبباً، عمداً أو خطأ. وعند المالكية: هو القتل العدوان. وعند الشافعية: القتل مطلقاً، وعند الحنابلة: القتل بغير حق.

عمد (وشبه العمد كالعمد) وخطأ[١]، وعند الشافعية والحنابلة: تقسيم ثلاثي إلى عمد وشبه عمد، وخطأ[٢].

شروط الجاني والمجني عليه: هناك شروط كثيرة لتطبيق عقوبات الحدود والتعازير تعرف في كتب الفقه، وأما القتل فيشترط لتحقق المسؤولية الجنائية عنه كون القاتل بالغاً عاقلاً مختاراً متعمداً القتل قاصداً إياه لا شبهة فيه، وأن يكون القتل نتيجة لفعل الجاني، فإن توافرت هذه الشروط، استحق القاتل القصاص، وإذا اختل شرط منها وجبت الدية، فليس على الصبي والمجنون قصاص، إذ ليس لهما عمد، فعمد الصبي وخطؤه سواء في القصاص، وهما ليسا من أهل العقاب المدني، لقصور الأهلية وعدم مطالبتهما بالتكاليف الشرعية، فلا يوصف فعلهما بوصف الجناية أو الجريمة، فينتفي عنهما العقاب البدني، وتجب الدية في مالهما، كما ذكرنا سابقاً، وأما السكران فيقتص منه عند أئمة المذاهب الأربعة إلا إذا كان غير متعدٍّ بسكره كالمضطر وحالة التداوي، وذلك حتى لا يكون السكر ذريعة للتخلص من العقوبة[٣].

يؤيده ما ذكره الإمام مالك في الموطأ: «بلغه أن مروان بن الحكم كتب إلى معاوية: أنه أتي بسكران قد قَتَل، فكتب إليه: أن اقتله به»[٤].

كذلك لا يقتص من المستكره في مذهب الحنفية، إذ إن فعله كالآلة في يد غيره، فهو في الحقيقة لم يتوافر لديه القصد الجنائي.

(١) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٠، القوانين الفقهية: ص٣٤٤.
(٢) المغني: ٧/ ٦٣٦ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤/ ٣.
(٣) القوانين الفقهية: ص٣٤٥، مغني المحتاج: ٤/ ١٥، المغني: ٧/ ٦٦٥، كشف الأسرار على أصول البزدوي: ٤/ ١٤٧٢ وما بعدها، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ٢/ ١٥١ وقارن ذلك بالمسؤولية الجنائية لأستاذنا شلتوت: ص٤٥، وبالجريمة والعقوبة لأستاذنا أبي زهرة: ص٤١٥ حيث اعتبرا السكران غير مسؤول جنائياً فلا يقاد منه، وهذا مخالف لما نص عليه فقهاء الحنفية من أن السكران مكلف كغيره، قال البزدوي: إن السكر المحظور لا ينافي الخطاب التكليفي بالإجماع، وإذا ثبت أنه مخاطب ثبت أن السكر لا يبطل شيئاً من الأهلية، فتلزمه أحكام الشرع كلها، وتصح عباراته كلها... وإذا أقر بالقصاص أو باشر سبب القصاص لزمه حكمه...إلخ.
(٤) جامع الأصول لابن الأثير: ١١/ ١١.

والمخطئ لا قصاص عليه، لقول النبي ﷺ: «العمد قود»(١) أي القتل العمد يوجب القود، فهو وحده الذي يستحق القصاص لتوافر عنصر الجريمة على نحو تام.

وهذا الحديث يدلنا أيضاً على أن اقتران القتل بشبهة كوجود علاقة الأبوة بين القاتل والقتيل، أو كقول المجني عليه للجاني: «اقتلني» فقتله، لا يوجب القصاص، لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

وإذا كان القتل ليس نتيجة لفعل الجاني بأن كان نتيجة لفعل لا يمكن نسبته إلى الجاني، أو لم يكن فعل الجاني مما يحدث الموت عادة، فلا يعد الجاني قاتلاً.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد آلة القتل التي يترتب على استعمالها القصاص:

فقال أبو حنيفة: يشترط أن تكون أداة القتل مما يقتل غالباً ومما يستعمل في القتل: وهي كل آلة جارحة أو طاعنة ذات حد، سواء أكانت من المعادن أم من الأخشاب أم من الأحجار أم النيران كما ذكرنا سابقاً، فإذا استعمل الجاني حجراً أو عصا صغيرة فهو شبه عمد، ولو غرق المجني عليه في الماء القليل ومات فهو ليس بعمد ولا شبه عمد، ولو ألقي المعتدى عليه من سطح أو جبل أو في بئر ولا يرجى منه النجاة، كان القتل شبه عمد عند أبي حنيفة، وعمداً عند الصاحبين. ولو ضرب الشخص بمثقل أي بأداة ثقيلة غير جارحة ولا طاعنة كالمدقة والحجر والعصا الكبيرين ونحوهما، فالقتل شبه عمد عند أبي حنيفة، وعمد عند الصاحبين والأئمة الثلاثة الآخرين(٢).

وقال مالك: لا يشترط في آلة القتل شرط خاص، وإنما ينبغي أن يكون القتل الموجب للقصاص في حالة غضب وثورة أو عداوة، فكل ما يقصد به القاتل القتل بضرب بمحدد أو بمثقل أو بإحراق أو تغريق أو خنق أو سم أو غير ذلك، فهو موجب للقود وهو القصاص(٣).

وقال الشافعي وأحمد: يشترط في القتل العمد الموجب للقصاص: أن يقصد

(١) رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما من حديث ابن عباس بلفظ «العمد قود إلا أن يعفو ولي المقتول».

(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٤، تبيين الحقائق: ٦/ ٩٧ وما بعدها، رد المحتار: ٥/ ٣٧٦ .

(٣) القوانين الفقهية: ص٣٣٤، الشرح الكبير: ٤/ ٢٤٢.

الجاني القتل والشخص بما يقتل غالباً: جارحٍ أو مثقلٍ، وهذا هو الغالب، ومثلهما القتل بالسم وشهادة الزور ونحو ذلك[(١)].

وأما **شروط المقتول**: فهي أولاً - أن يكون معصوم الدم عصمة مؤبدة، وهو المسلم والذمي المعاهد، فالعصمة تكون بالإسلام وبالعهد، فلا يقتص ممن قتل حربياً لأنه عدو مهدر الدم، أو مستأمناً دخل بلادنا بأمان لوجود الشبهة في إباحة دمه، لأنه إذا عاد إلى بلاده صار مباح الدم. وكذلك إذا لم يكن القتل عدواناً وإنما كان بحق كقتل الجلاد للقاتل، وقتل الصائل والمرتد والزاني المحصن فلا قصاص على القاتل حينئذ، كذلك لا قصاص ولا ضمان على من قتل رجلاً رآه يزني بامرأته أو أحد أقاربه.

وثانياً- ألا يكون المقتول من فروع القاتل كالابن وابن الابن، فلا قصاص على الأب أو الجد بقتل ولده أو ولد ولده، كما لا قصاص على الأم أو الجدة بقتل ولدها أو ولد ولدها، وذلك رأي جمهور الفقهاء[(٢)] لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقتل والد بولده»[(٣)] ولرعاية حرمته، لأنه كان سبباً في وجود ولده، فلا يكون ولده سبباً في عدمه.

وقال الإمام مالك: لا يقاد الأب بالابن، إلا أن يضجعه فيذبحه أو يقتله قتلاً لا يشك في أنه عمد إلى قتله دون تأديبه. فأما إن رماه بسيف أو عصا، فقتله، لم يقتل به[(٤)].

---

(١) مغني المحتاج: ٤/ ٣، المغني: ٧/ ٦٣٧.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ١٠٢، الدر المختار: ٥/ ٣٧٨ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٨/ ٢٥٤، مجمع الضمانات: ص١٧٢، مغني المحتاج: ٤/ ١٨، المهذب: ٢/ ١٧٤، المغني: ٧/ ٦٤٩، ٦٦٦.

(٣) أخرجه النسائي من حديث عمر بن الخطاب، ورواه ابن ماجه من حديث عمر وابن عباس وذكرهما ابن عبد البر، وقال: هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفاً. وفي رواية عند الحاكم والبيهقي وصححه: «لا يقاد للابن من أبيه» ورواه الترمذي عن عمر بلفظ «لا يقاد الوالد بالولد».

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٣، القوانين الفقهية: ص٣٤٦.

ولا يشترط عند الحنفية التكافؤ بين المقتول والقاتل في سلامة الأعضاء ولا في الشرف والفضيلة، ولا في السن والجنس، ولا في الدِّين ولا في الكثرة، فيقتل سليم الأعضاء بمقطوع بعضها، أو بالأشل، ويقتل العالم بالجاهل، والشريف بالوضيع، والعاقل بالمجنون، والبالغ بالصبي، والذكر بالأنثى، والمسلم بالذمي المعاهد، والجماعة بالواحد، لعموم الحكم في آيات القصاص مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ٢/١٧٨] ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٥/٤٥] ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [الإسراء: ١٧/٣٣] ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ٢/١٧٩].

واشترط الحنفية أيضاً للقصاص أن يكون القتل **مباشرة لا تسبباً**، لأن القتل تسبباً لا يساوي القتل مباشرة، إذا لم يحصل من المتسبب قتل حقيقة، وإنما هو قتل صورة لا معنى، والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى. فلو حفر رجل بئراً على قارعة الطريق، فوقع إنسان ومات، لا قصاص على الحافر، لأن الحفر قتل تسبباً لا مباشرة، ولكن عليه الدية.

ولو رجع شهود القصاص عن شهادتهم بعد قتل المشهود عليه، أو تبين أن القتيل المدعى قتله حي موجود، فلا قصاص عليهم، ولكن عليهم الدية. ولو حبس شخص غيره في بيت، وأطبق عليه الباب حتى مات، لا قصاص عليه، وإنما يعزر على ما صنع عند أبي حنيفة، ويضمن ديته عند الصاحبين لأنه متسبب في إتلافه.

وأما الإكراه على القتل فليس من قبيل القتل تسبباً، لأنه يجعل المستكره آلة بيد المكره، كأنه أخذه وضربه على القتيل، فصار الفعل في الواقع صادراً من مستعمل الآلة لا من الآلة، فيعتبر قتلاً مباشرة(١).

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يجب القصاص بالمباشرة وبالتسبب(٢) فمن

---

(١) المبسوط: ٢٦/١٥٣، ١٨١، الفتاوى الهندية: ٦/٣، البدائع: ٧/٢٣٩، مجمع الضمانات: ص١٧٢.

(٢) المباشرة: هي ما يؤثر في الهلاك ويحصله كالجرح والضرب. والتسبب: هو ما يؤثر في الهلاك ولا يحصله (مغني المحتاج: ٤/٦).

حبس غيره في مكان، ومنع عنه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت، فعليه القَوَد (أي القصاص)، لأن هذا يقتل غالباً. ومثل ذلك: الأم التي تمنع ولدها الرضاع حتى مات، فإن قصدت موته قتلت وإلا فعليها الدية كما نص المالكية.

ومن أكره غيره على القتل فقتله، وجب القصاص على المكره والمستكره جميعاً، لأن المكره تسبب إلى القتل بما يفضي إليه غالباً، فأشبه ما لو ألقاه على أسد في مغارة أو قفص أو زُبية (وهي الحفرة التي تحفر للأسد).

وإذا شهد رجلان على آخر بما يوجب قتله، فقتل بشهادتهما، ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً وبكذبهما في شهادتهما، فقالا: تعمدنا الكذب في شهادتنا، فعليهما القصاص، بدليل أن رجلين شهدا عند علي - كرم الله وجهه- على رجل أنه سرق، فقطعه (أي قطع يده) ثم رجعا عن شهادتهما، فقال علي: لو اعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما، وغرمهما دية يده.

وأخذ بهذا الرأي الشافعية والحنابلة وأشهب من المالكية.

وقال جمهور المالكية: تجب الدية على من شهد شهادة زور بقتل[١].

وأما **القتل بحق**: فلا يوجب القصاص، إذا يشترط في القتل الموجب للقصاص أن يكون متصفاً بصفة العدوان أو الاعتداء، وعلى هذا فلا قصاص على الجلاد بقتل المحكوم عليه بالقتل بسبب قتله غيره أو بسبب الردة مثلاً، ولا قصاص على من قتل غيره دفاعاً عن نفسه أو ماله أو عرضه باتفاق الفقهاء، باستثناء كون الصائل المعتدي صبياً أو مجنوناً عند الحنفية[٢]. ولا قصاص ولا ضمان أيضاً على من قتل رجلاً رآه يزني بامرأته أو أحد محارمه[٣].

---

(١) الشرح الكبير: ٤/ ٢٠٧، ٢٤٢ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤/ ٥ وما بعدها، ٤٥٧، المهذب: ٢/ ١٧٦ وما بعدها، ٣٤٠، المغني: ٧/ ٦٤٣، ٦٤٥ وما بعدها، ٩/ ٢٤٧ .

(٢) راجع نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص١٤٤ وما بعدها، الفتاوى الهندية: ٦/ ٧، أحكام الصغار: ٢/ ١٢٠ وجامع الفصولين: ٢/ ١٢١.

(٣) المغني: ٧/ ٦٤٩، ٨/ ٣٣٢، مغني المحتاج: ٤/ ١٩١، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٥١، الدر المختار: ٣/ ١٩٧، المهذب: ٢/ ٢٢٥.

مقارنة:

يرى فقهاؤنا أن الجريمة التي تستحق القصاص، أو الإعدام في الاصطلاح الحديث: هو القتل العمد العدوان، ولو لم يكن هناك سابق تصور وإصرار وتصميم، على عكس ما تأخذ به القوانين الجزائية الحديثة، وذلك من الشريعة عدل ومصلحة لتقليل جرائم القتل ولأجل حماية الناس وتوفير الأمن والطمأنينة لهم في أرجاء المجتمع[١]. واكتفى التشريع الجزائي المصري والسوري بجعل ظرف «سبق الإصرار» ظرفاً مشدداً للعقوبة في بعض الجرائم العمدية[٢].

وأركان جريمة القتل العمد في الإسلام والقانون الجزائي ثلاثة هي: كون القتيل إنساناً حياً، وأن يكون القتل نتيجة لفعل الجاني، وأن يقصد الجاني إحداث الوفاة[٣].

وأما الشروط المتفق عليها بين الفقهاء المسلمين لتطبيق عقوبة القصاص فهي أن يكون القاتل عاقلاً بالغاً مختاراً مباشراً للقتل غير مشارك له فيه غيره، واختلف الفقهاء في أن يكون هناك تكافؤ بين القاتل والمقتول في الإسلام أو غيره من الأديان، والذكورة والأنوثة والوحدة والكثرة. كما اختلفوا فيما عدا ذلك من صور القتل التي لا تنطبق هذه الشروط عليها[٤].

والفقه الإسلامي والقانون الجزائي في مصر وسورية متفقان على امتناع المسؤولية الجنائية في أحوال صغر السن حتى السابعة، والجنون أو العاهة العقلية وحالة الضرورة، لأن الصغر والجنون يعدمان الإدراك والإرادة والاختيار، وأما حالة الضرورة فهي وإن لم تفقد الاختيار إلا أنها تضطر الإنسان إلى ارتكاب الجريمة.

---

(١) الموجبات والعقود للمحمصاني: ١/ ١٤١.

(٢) موجز القانون الجنائي لأستاذنا علي راشد: ص٤٢٦ ط ١٩٥٣، مبادئ قانون العقوبات للأستاذ محمد الفاضل: ص٤٨٧ ط ١٩٦٣ وراجع المواد ٥٣٣- ٥٣٥ من القانون الجزائي السوري.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عودة: ٢/ ١٢ وما بعدها.

(٤) راجع بداية المجتهد: ٢/ ٣٨٨- ٣٩٣.

وأما الصغير بعد سن السابعة إلى البلوغ فهو في الفقه الإسلامي معفي أصلاً من القصاص دون التعزير بالحبس والتوبيخ ونحوهما. وعند القانونيين: يطبق نظام المسؤولية الجنائية المخففة التي يقدرها القاضي بحسب ظروف كل حالة على حدتها. ومقتضاها عدم تطبيق عقوبة الإعدام أو الأشغال الشاقة على القاصرين، وإنما يطبق السجن أو الحبس، وذلك إلى سن السابعة عشرة.

ويختلف الفقه الإسلامي مع القانون في حالتي السكر والإكراه، فالسكران والمكره في الفقه معاقبان، وأما المستكره فلا يعاقب عند الحنفية، ويعاقب عند غيرهم من أئمة المذاهب، وهذه نظرة تجعل العقاب مؤيداً جزائياً لمنع الناس من تعاطي المسكرات.

وفي القانون: يعفى السكران والمستكره من العقاب الجنائي، لأن السكر كالصغر يعدم الإدراك والاختيار، وأما الإكراه فهو يفقد المستكره اختياره فعلاً أو حكماً[١].

مبادئ العقاب الجنائي في الإسلام

نتكلم هنا على أهم مبادئ المسؤولية الجنائية في الإسلام، إذ ليس من مهمتنا الكلام المفصل على الجنايات والديات وأحكامها، فكتب الفقهاء رضوان الله عليهم زاخرة بذلك فنحيل إليها، ونقتصر هنا على وضع الأسس العامة التي تسهل على الناس الاطلاع على عدالة الشريعة وحفاظها على الأنفس وتكريم الذات البشرية وتقدير أهمية وجود الإنسان في هذا الكون. وهذه المبادئ هي ما يأتي:

١- لا يطل دم إلا بحق:

أي إنه لا يستباح ولا يهدر دم إنسان إلا بحق ثابت شرعي، لأن إهدار الدماء بغير حق عدوان أثيم على أفراد البشرية. لذا حدد الإسلام بوضوح الأشخاص الذين

(١) موجز القانون الجنائي، المرجع السابق: ص٣٨١ وما بعدها، مبادئ العقوبات للفاضل: ص٤١٤.

يجوز قتلهم قصداً وهم في الأصل ثلاثة. روى الجماعة عن ابن مسعود ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة» فدل هذا الحديث على أنه لا يحل إراقة الدم عمداً أو قصداً إلا إذا كان الزاني محصناً[(١)] فيرجم بالحجارة، أو كان قاتلاً عمداً عدواناً، أو مرتداً عن الإسلام بأي ردة كانت.

وهذا الحصر الوارد في الحديث لا يمنع من إقرار مشروعية قتال الأعداء والصوال[(٢)] والبغاة[(٣)]، لأن قتلهم ليس قصداً وإنما لدفع شرهم وعدوانهم، وذلك بأدلة شرعية أخرى، فقد أقرت جميع الشرائع مبدأ الحرب الدفاعية والدفاع الشرعي عن النفس أو المال أو العرض ونحوها.

ويجب على القاضي أن يتثبت من وقوع جريمة القصاص قبل إصدار الحكم بالعقوبة، فقد نصّ الفقهاء على أنه «يجب على الإمام الاستفصال عن الأمور التي يجب معها الحد»[(٤)].

والتزم المسلمون مبدأ احترام الدماء، بعد أن كان العرب في الجاهلية يسفكون الدم الحرام لأتفه الأسباب، فجاء القرآن الكريم مبيناً خطورة الاعتداء على النفس الإنسانية، فقال سبحانه وتعالى: ﴿مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٥/ ٣٢].

واعتبر الرسول ﷺ القتل من أكبر كبائر الجرائم[(٥)]، وقال فيما يرويه النسائي:

---

(١) المحصن: هو الذي تزوج من الرجال أو النساء وحصل بينه وبين زوجه دخول ولو مرة واحدة.

(٢) الصوال جمع صائل، والصائل هو من يعدو على الناس فيعتدي عليهم في أنفسهم أو أموالهم.

(٣) البغاة: هم الثوار الذين يحاربون الجماعة ويدعون إلى قلب نظام الحكم بالقوة بتأويلات غير سائغة شرعاً.

(٤) سبل السلام: ٤/ ٧.

(٥) روى البخاري عن أنس أن النبي ﷺ قال: «أكبر الكبائر: الإشراك بالله، وقتل النفس، وعقوق الوالدين، وشهادة الزور».

«قتل المؤمن أعظم عند الله تعالى من زوال الدنيا» وقال أيضاً فيما يرويه أحمد: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام إلى يوم تلقون ربكم».

وروى البخاري ومسلم عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء» وهذه الأحاديث كلها تدل على عظم شأن دم الإنسان.

وسار الخلفاء من بعد رسول الله على سنته، فحذروا من القتل العدوان، من ذلك ما أوصى به سيدنا علي بن أبي طالب كرم الله وجهه في كتابه المشهور الموجه إلى الأشتر النخعي واليه على مصر[١]:

«إياك والدماء وسفكها بغير حلها، فإنه ليس شيء أدعى لنقمة، ولا أعظم لتبعة، ولا أحرى بزوال نعمة، وانقطاع مدة، من سفك الدماء بغير حقها، والله سبحانه مبتدئ بالحكم بين العباد فيما تسافكوا من الدماء يوم القيامة، فلا تقوين سلطانك بسفك دم حرام، فإن ذلك مما يضعفه ويوهنه، بل يزيله وينقله، ولا عذر لك عند الله، ولا عندي في قتل العمد، لأن فيه قَوَد البدن[٢]، وإن ابتليت بخطأ، وأفرط عليك سوطك[٣] أو سيفك أو يدك بعقوبة، فإن في الوكزة فما فوقها مقتلة[٤]، فلا تطمحن بك نخوة سلطانك[٥] عن أن تؤدي إلى أولياء المقتول حقهم....»[٦].

وأعلن الفقهاء مبدأ عصمة الدماء كأصل عام بين الناس جميعاً، فقال فقهاء الحنفية: «الأصل في الدماء الحظر إلا بيقين الإباحة»[٧] وقال الحنفية: «الآدمي

---

(١) نهج البلاغة: ٢/ ٥٩ ط طرابلس الشام.
(٢) القود: القصاص، معنى الجملة: أي قتل النفس قصاصاً.
(٣) أفرط عليك: عجل بما لم تكن تريده، كأن تريد تأديباً فأعقب قتلاً.
(٤) فإن في الوكزة: تعليل لكلمة «أفرط»، والوكزة: الضربة بقبضة الكف، وهي المعروفة باللكمة.
(٥) فلا تطمحن: أي لا يرتفع بك كبرياء السلطان عن تأدية الدية إليهم في القتل الخطأ.
(٦) نهج البلاغة، المرجع السابق: ص٧٨.
(٧) القواعد لابن رجب: ص٢٣٨.

معصوم ليتمكن من حمل أعباء التكاليف، وإباحة القتل عارض سمح به لدفع شره» «الكفر من حيث هو كفر ليس علة لقتالهم».

وقال الإمام مالك: «لا ينبغي لمسلم أن يهريق دمه[١] إلا في حق، ولا يهريق دماً إلا بحق»[٢].

٢- لا يسأل أحد عن جريرة أحد، أو مبدأ الشخصية الجزائية:

أي إن العقاب في الإسلام أمر شخصي لصيق بالجاني نفسه، فلا يتحمل مسؤولية الجناية غير الجاني، وبذلك هدمت الشريعة نظام الجاهلية في أمر القتل الذي كان يعتبر جميع أفراد القبيلة مسؤولين عن جناية الواحد منها[٣]، فجاء القرآن الكريم مقرراً مبدأ المسؤولية الفردية في تطبيق عقوبة القصاص مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٨] . ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا فَلَا يُسۡرِف فِّي ٱلۡقَتۡلِ﴾ [الإسراء: ١٧/ ٣٣] . ﴿وَلَا تَكۡسِبُ كُلُّ نَفۡسٍ إِلَّا عَلَيۡهَاۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۚ﴾ [الأنعام: ٦/ ١٦٤] وقال النبي ﷺ: «لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه، ولا بجريرة أخيه»[٤] وقال لأبي رمثة وابنه: «إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه»[٥] وقال أيضاً: «لا تجني نفس على أخرى»[٦].

---

(١) قد تبدل همزة «أراق» هاء، فيقال: هراق الماء يُهَرِيقُه (بفتح الهاء) على وزن دحرج يدحرج هِراقة (بكسر الهاء) أي صبه، وأصله: أراق يريق إراقة، وفيه لغة أخرى: أهرق الماء يُهْرِقه إهراقاً على وزن أفعل يُفعل. وفيه لغة ثالثة كما ورد في عبارة مالك: أهراق يُهريق إهراقة، وفي الحديث النبوي الشريف «أهريق دمُه» (راجع المصباح والمختار).

(٢) اختلاف الفقهاء تحقيق الدكتور شخت: ص١٩٥، وانظر آثار الحرب للمؤلف: ص١٣٠- ١٣٦ ط ثانية.

(٣) المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا شلتوت: ص٤٧.

(٤) رواه البزار ورجاله رجال الصحيح من حديث عبد الله بن مسعود (مجمع الزوائد: ٦/ ٢٨٣).

(٥) رواه أبو داوود والنسائي من حديث أبي رمثة واسمه حبيب بن حيان (جامع الأصول: ١١/ ٩).

(٦) رواه النسائي، وأحمد ورجاله رجال الصحيح من حديث ثعلبة بن دهيم رضي الله عنه (جامع الأصول: ١١/ ١٠، مجمع الزوائد، المكان السابق).

وهذا مبدأ منطقي سليم يتجاوب مع الفطرة الإنسانية، والعقل الصحيح، ويتلاءم مع أحدث المدنيات التي توجد في هذه الحياة.

ذلكم هو مبدأ المسؤولية الشخصية أو الفردية في الإسلام فيما يتعلق بتنفيذ عقوبة القصاص أو غيره من العقوبات الشرعية، وهو الأساس العام أيضاً في القانون الجزائي الوضعي، إلا أنه قد يسأل الشخص فيه عن عمل الغير أحياناً كمسؤولية الناشر عما ينشر في صحيفته من مقالات لكاتب أو مؤلف.

أما بالنسبة للديات الواجبة في أنواع القتل الأخرى غير القتل العمد، فقد أقر الإسلام في بادئ أمره النظام العربي الذي كان متبعاً في الجاهلية القاضي بتوزيع الدية على العاقلة(١)، فيؤخذ في رأي أبي حنيفة ثلاثة أو أربعة دراهم من كل واحد من الأقارب العصبات للقاتل المخطئ لمدة ثلاث سنوات. والواجب نصف دينار من الغني، وربع دينار من المتوسط الحال في مذهب الشافعية، ويجب هذا القدر في كل سنة كالزكاة. ويفوض الأمر للحاكم بفرض ما يتحمله كل واحد في مذهب المالكية والحنابلة(٢).

ونظام العواقل هذا مستثنى من القاعدة العامة في تحمل كل مخطئ وزر نفسه، ولكن دون أن يلزم العاقلة شيء من ذنب الجاني أخروياً، والسبب في هذا الاستثناء هو مواساة القاتل ومناصرته وإعانته والتخفيف عنه، ودعم أواصر المحبة والألفة والإصلاح بين أفراد الأسرة، والحفاظ على حقوق المجني عليه حتى لا تذهب

(١) العاقلة: هم العصبات الرجال الأقارب من القاتل من جهة الأب كالإخوة والأعمام والآباء والأبناء. وهذا مذهب الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد، ويشترك الجاني عندهم مع العصبات في تحمل جزء من الدية كبقية أفراد العاقلة. وأما عند الشافعية والحنابلة في رواية أخرى عن أحمد: فهم العصبات الذين يرثون من القاتل بالنسب ما عدا الأب والجد، والابن وابن الابن، لأن النبي ﷺ جعل دية امرأة مقتولة من بني هذيل على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها والأب مثل الولد لتساويهما في العصبة، ولا يتحمل الجاني عند هؤلاء شيئاً من الدية. (البدائع: ٧/ ٢٥٦، الدر المختار: ٥/ ٤٥٣ وما بعدها، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٥، المهذب ٢/ ٢١٢ ط البابي الحلبي، المغني: ٧/ ٧٨٣ وما بعدها، ط الثالثة).

(٢) البدائع، بداية المجتهد، المكان السابق، الدر المختار: ٥/ ٤٥٤، المهذب: ٢/ ٢١٣، المغني: ٨/ ٧٨٨ ط الثالثة.

الجناية عليه هدراً إذا كان القاتل فقيراً، وأغلب الناس فقراء، فكان في ذلك النظام عدالة ومساواة في المجتمع حتى لا يحرم أحد من التعويض بسبب فقر الجاني. ثم إن هذا النظام فيه تقدير للباعث الذي يشاهد عند القاتل، إذ لولا استنصاره بأسرته واعتماده على قوتهم لتثبت في الأمر ملياً وصدرت أفعاله عن روية كاملة ووعي تام، لذا اعتبرت الشريعة أن الجناية الواقعة منسوبة ضمناً إلى كل فرد من أفراد العاقلة، فأوجبت الدية عليهم جميعاً(١).

وبالرغم من كل هذه المزايا، فإن نظام العاقلة كان مناسباً للبيئة التي كانت فيه الأسرة الواحدة المتماسكة البنيان، المتناصرة فيما بينها على السراء والضراء، أما وإنه قد تفككت الأسر، وتحللت عرى الروابط فيما بين الأقارب، وزالت العصبية القبلية، ولم يعد الاهتمام بالنسب أمراً ذا بال، فلم يبق ثمة مجال لنظام العواقل، لفقدان معنى التناصر بين أفراد الأسرة.

ولهذا جعل سيدنا عمر ﷺ الديات على أهل الديوان، فصارت عاقلة الرجل أهل ديوانه(٢): وهم المقاتلة من الرجال الأحرار البالغين العقلاء. فتؤخذ الدية من عطاياهم وتعطى لأهل المجني عليه، فدلنا هذا الفعل على أن العاقلة أو الأسرة كانت تتحمل الدية بسبب التناصر القائم بين أفرادها، ثم حلت العشيرة محل الأسرة، فقد روي أن الرسول ﷺ جعل عقل قريش على قريش، وعقل الأنصار على الأنصار(٣).

وحيث صارت النصرة معقودة بالرايات على الأعداء، صارت عاقلة الرجل أهل ديوانه(٤). وهكذا تطور نظام العاقلة من الأسرة إلى العشيرة فالقبيلة ثم إلى الديوان، ثم إلى بيت المال.

---

(١) الجريمة والعقوبة لأبي زهرة: ص٤٢٣ وما بعدها، المسؤولية الجنائية لشلتوت: ص٣٨، التشريع الجنائي الإسلامي لعودة: ٢/١٩٨ وما بعدها.
(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه.
(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه أيضاً.
(٤) البدائع: ٧/٢٥٦.

وبما أن نظام العشيرة قد زال، وبيت المال قد تغير نظامه، فإن دية القتل الخطأ أو شبه العمد أصبحت في زماننا هذا واجبة في مال الجاني وحده. قال في الدر المختار ورد المحتار[١]: إذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال، لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته، وبما أن العشائر قد وهت، ورحمة التناصر بينهم قد رفعت، وبيت المال قد انهدم، فتعين أن تكون الدية في مال الجاني[٢].

٣- الشريعة أساس الحكم على الجريمة والعقاب:

ما زالت النظم الديمقراطية تحترم مبدأ قانونية أو شرعية الجرائم والعقوبات، بمعنى تركيز سلطة التجريم في الشارع أو من يفوضه في ذلك ضمن حدود معلومة، وقد جاءت بهذا المبدأ الثورة الفرنسية، ونصت عليه وثيقة «إعلان حقوق الإنسان والمواطن» عام ١٧٨٩م في المادة الثامنة منها، وصاغه العرف القانوني بعبارة موجزة هي «لا جريمة ولا عقوبة بغير نص» والحكمة منه: كفالة حقوق الأفراد وحريتهم في أفعالهم وتصرفاتهم، إذ لو ترك أمر التجريم للقاضي لأضحى الأفراد في حيرة من أمرهم. ثم إن العدالة والمنطق يقضيان به حتى لا تواجه الدولة الأفراد بعقاب لا علم لهم به[٣].

وبما أن هذا المبدأ يؤدي إلى جمود التشريع الجنائي وتخلفه عن مسايرة التطورات الحديثة، فقد اتجه الفقه والقضاء عموماً إلى ضرورة التخفيف من حدته، وتوسيع سلطة القاضي في تقدير العقوبة أو إيقاف تنفيذها أحياناً، ولكن دون إخلال بأصل المبدأ وهو حرمان القاضي من سلطة التجريم.

وفي كتابات بعض القانونيين: اتهمت الشريعة الإسلامية جهلاً وغلطاً بأنها تترك

---

(١) ٥/٤٥٦.

(٢) ويؤكد سلامة هذا الاتجاه أن مذهب المالكية هو إيجاب غرة الاعتداء على الجنين، (نصف عشر الدية) على الجاني في ماله، لا على العاقلة (انظر بداية المجتهد: ٢: ٤٠٨، القوانين الفقهية: ص٣٤٧) كذلك قال المالكية دية الخطأ في النفس والجراح على الجاني إذا كانت أقل من ثلث الدية الكاملة (القوانين الفقهية: ص٣٤٧، ٣٥١).

(٣) موجز القانون الجنائي لأستاذنا علي راشد: ص٣٦ وما بعدها.

أمر التجريم للقاضي، ومنشأ الاتهام راجع في تقديرنا إلى ناحية تنظيمية هي: عدم وجود تقنين خاص بالجرائم والعقوبات غير المقدرة وهي التعزيرات عند المسلمين، وهذا أمر سهل جداً إذ لا مانع شرعاً من وجود مثل هذا التقنين[1]، ولا يعني عدم التقنين أن القاضي حر التصرف بالعقاب حرية مطلقة، وإنما الأمر في شأن التعازير راجع شرعاً وفقهاً لتقدير الدولة أو الحاكم العام يضع للقضاة من الأنظمة ما يراه حسب متطلبات المصلحة العامة ومقتضيات الزمان وتطور الأحداث، فمبدأ التفويض للحاكم في تقدير العقوبات التعزيرية في الإسلام هو في الأصل مبدأ دستوري تمارسه الدولة مقيدة بأحكام الشريعة، كما هو الشأن في أن لكل دولة الحقَّ في وضع القوانين الداخلية التي تريدها ضمن حدود الدستور.

ومرجع الاتهام أيضاً أو سببه: تقصير المسلمين في التعلم، فمن الفرائض الشرعية المطلوبة: تعلم كل مسلم ومسلمة، واطلاعهما على أحكام الحلال والحرام، ومن أخصها الجرائم والعقوبات في الإسلام.

وأما الشريعة: فمن كل ذلك براء، ففيها بيان تفصيلي واضح في كتب الفقهاء للجرائم والعقوبات، والقاضي لا يملك -كما أشرنا- التجريم والعقاب وفق رغبته وهواه، وإنما هو مقيد في ذلك بأحكام الشريعة وبما تضعه الدولة له من نظام، ثم يكون للقاضي سلطات تقديرية في التطبيق فقط، حسبما يرى ملائماً لظروف الجريمة والجاني، ولكن في غير دائرة الحدود والقصاص، مما هو معروف بالتعزيرات.

فمن المعروف أن الشريعة الإسلامية جاءت حرباً على الأهواء، ووضعت نظاماً دقيقاً للحياة، وسبق الفقهاء المسلمون إلى معرفة قاعدة: «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص» كما يتضح من القاعدتين التاليتين:

١- «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» أو «لا تكليف إلا بعد ورود نص» أو «لا جزاء إلا بعد الإنذار».

٢- «الأصل في الأفعال والأشياء الإباحة».

---

(١) انظر المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء: ف٣٣٩.

ومصدر هاتين القاعدتين قول الله تبارك وتعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٧/ ١٥]. وقوله سبحانه: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ ٱلْقُرَىٰ حَتَّىٰ يَبْعَثَ فِيٓ أُمِّهَا[١] رَسُولًا يَتْلُواْ عَلَيْهِمْ ءَايَٰتِنَا﴾ [القصص: ٢٨/ ٥٩]. وقوله جل جلاله: ﴿رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ﴾ [النساء: ٤/ ١٦٥]، فهذه النصوص الشريفة قاطعة بأن لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار[٢]. وقوله سبحانه: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢/ ٢٩]. يدل على أن الأصل في غير المنصوص على تحريمه هو الإباحة.

ومن هنا كانت فترة الجاهلية لا عقاب على الجرائم التي حدثت أثناءها، سواء أكانت الجريمة إراقة دم حرام أم غيرها.

ومجمل القول: أن الشريعة والقانون يلتقيان في أنه إذا لم يكن هناك نص مانع من شيء فهو مباح، بيد أن المنصوص عليه قانوناً صريح محصور في دائرة التقنين الموضوع، أما المنصوص عليه شرعاً فهو غير مقنن في مجموعة قانونية محددة وموحدة، فقد يكون التحريم أو التجريم والعقاب مأخوذاً من نص القرآن الكريم أو السنة النبوية، أو من إجماع الأمة أو من اجتهاد المجتهدين في الإسلام. وبناء عليه يمكن أن يكون النص الشرعي المانع صريحاً، وقد يفهم دلالة وضمناً[٣] من طريق علماء الإسلام الثقات، ودورهم في الحقيقة مجرد كاشف ومظهر لحكم الله في الحادثة، ومرده في النتيجة إلى الوحي الإلهي، إذ لا بد لصحة الاجتهاد من مستند شرعي يعتمد عليه في الاستنباط[٤].

ثم إن المحذور الذي يخشى منه القانونيون من مخالفة قاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»: وهو أن يلجأ القاضي فيما لا نص بتجريمه إلى الأخذ بطريق القياس.. هذا المحذور قد فرغ من بحثه علماء الأصول من الحنفية الذين قرروا

---

(١) أمها: أصلها وعاصمتها.

(٢) الجريمة والعقوبة للأستاذ محمد أبي زهرة: ص١٨٥، مبادئ القانون الجزائي للدكتور عدنان الخطيب.

(٣) الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ محمد سلام مدكور: ص٥٠٦ وما بعدها.

(٤) راجع الوسيط في أصول الفقه الإسلامي للمؤلف: ص٣٥، ١٩٤، ٢٨٨، نظرية الضرورة الشرعية للمؤلف: ص٣٤.

بصراحة عدم جواز القياس في الحدود والمقدرات الشرعية سواء بالنسبة للمجتهد الفقيه أم للقاضي، لأن القياس إنما يفيد الظن، والظن سبيل الخطأ، فكان في سلوكه شبهة، فلا يثبت من طريقه عقاب وتجريم لحادثة لا نص فيها، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وفي هذا أكبر ضمانة أكيدة لحقوق وحريات الأفراد في تصرفاتهم وأفعالهم[(١)]، وأما غير تلك العقوبات المقدرة فلا يجوز لأحد قاضياً كان أو غيره أن يحل أو يحرم شيئاً برأيه.

ويمكن إيضاح ما ذكرناه عن الفقه الإسلامي بما يلي:

إن الجرائم والعقوبات محددة معروفة تماماً في الإسلام، والجرائم: هي كل ما نهى عنه القرآن الكريم أو السنة النبوية أو أبانه الفقهاء. والعقوبات في الإسلام منها ما هو مستوجب للإثم والعقاب الأخروي فقط، ومنها ما يجتمع فيه الوصفان: عقاب في الدنيا، وعقاب في الآخرة، والعقوبات الدنيوية تكون على فعل محرم أو ترك واجب، وهي نوعان: عقوبة مقدرة، وعقوبة غير مقدرة. والمقدرة تختلف مقاديرها وأجناسها وصفاتها باختلاف أحوال الجرائم وكبرها وصغرها وبحسب حال المذنب في نفسه[(٢)].

والعقوبات المقدرة وهي الحدود الشرعية بالمعنى الأعم لكلمة حد: سبع أو ثلاث عشرة ذكرناها في بدء الكلام على المسؤولية الجنائية، ونص عليها القرآن الكريم أو السنة النبوية، أو أجمع عليها الصحابة الكرام ومن بعدهم من الفقهاء، والحكمة من اهتمام الشارع بالنص على هذه العقوبات: هي حرصه على إقامة ركائز وحصون أساسية في حياة المجتمع لتوفير الأمن والاستقرار والطمأنينة في الأنفس والأموال والأعراض والعقول والدِّين الحق، ودرء الرذيلة والشرور والمنازعات والأمراض والفوضى الأخلاقية عن الناس في حياتهم الاجتماعية التي لا بد لها من وجود نظام صحيح غير معوج[(٣)].

---

(١) الوسيط المرجع السابق: ص٣٨٦ وما بعدها ط أولى.

(٢) راجع الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم: ص٢٦٥، ٢٧٠، السياسة الشرعية لابن تيمية: ص٦٣ وما بعدها.

(٣) انظر وقارن الجريمة والعقوبة لأستاذنا أبي زهرة: ص٦٠ وما بعدها.

ومن الطبيعي أن ليس للقاضي مخالفة النصوص في تجريم وعقاب هذه الحوادث التي قدر لها الشرع عقوبة معينة. هذا مع العلم بأن العقوبات المقدرة ما عدا القصاص لا يجوز شرعاً العفو عنها، ولا الشفاعة فيها، بل إنه ليس لصاحب الحق فيها إسقاطها ولا الإبراء منها، ولا الصلح والمعاوضة عنها بعد رفع الأمر فيها إلى الحاكم. وعندئذ لا يملك القاضي التدخل في شأن هذه العقوبات إلا بإصدار الحكم فيها بعد إثباتها لديه، وذلك لأنها تمس النظام العام للجماعة وهو المحافظة على الدين والنفس والعرض والعقل والمال.

وأما العقوبات غير المقدرة فهي التعزيرات، والتعزير: هو العقوبة المشروعة على معصية(١) أو جناية(٢) لا حد فيها، ولا كفارة، سواء أكانت الجناية على حق الله تعالى أي حق المجتمع كالأكل في نهار رمضان والإخلال بأمن الدولة، والتجسس، وترك الصلاة، وطرح النجاسة ونحوها في طريق الناس، أو على حق الأفراد كمباشرة المرأة الأجنبية (أي غير القريبة قرابة محرمية) فيما دون الجماع كالتقبيل والنظر واللمس والخلوة المحرمة ونحوها، وسرقة الشيء القليل الذي هو دون النصاب الشرعي المستوجب للحد، والسرقة من غير حرز حافظ للمال، والقذف بغير لفظ الزنا ونحوه من أنواع السب والضرب والإيذاء بأي وجه، كالقول: يا فاسق، يا خبيث، يا سارق، يا فاجر، يا كافر أو يا زنديق، يا آكل الربا، يا شارب الخمر ونحو ذلك، وخيانة الأمانة من الحكام وولاة الوقف ومال اليتيم، والوكلاء والشركاء، والغش في المعاملة، وتطفيف المكيال والميزان،

---

(١) المعصية أعم من الجريمة، والجريمة أخص، فالمعصية أو الخطيئة: هي مخالفة أوامر الله ونواهيه. والجريمة: هي التي لها عقوبة ينفذها القاضي، وقد عرفها الماوردي بقوله: «الجرائم: محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير» (الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢١١ ط صبيح، الجريمة والعقوبة لأبي زهرة: ص٢٢ وما بعدها، ١٩٦) والجناية بمعنى الجريمة، وهي كل فعل محرم سواء أكان في نفس أم في مال، وتطلق في عرف الفقهاء على الفعل المحرم في النفس وما دونها من الأعضاء (مجمع الضمانات: ص١٦٥).

(٢) قد يكون التعزير من دون معصية كتعزير الصبي والمتهم، وكنفي من خيف منه فتنة بجماله مثلاً، كما فعل عمر بنفي نصر بن حجاج (رد المحتار: ٣/ ١٩٩).

وشهادة الزور، والرشوة، والحكم بغير ما أنزل الله، والاعتداء على الرعية، والدعاء بدعوة الجاهلية وعصبيتها ونحو ذلك[١].

وعلى هذا... فالجريمة الموجبة لعقاب التعزير أو ضابط التعزير: هو كل ما فيه اعتداء على النفس أو المال أو العرض أو العقل أو الدين مما لا حد فيه، وذلك يشمل كل الجرائم التي هي ترك واجب ديني أو دنيوي، أو فعل محرم محظور شرعاً للمصلحة العامة أو الخاصة بالشخص.

وقد وضع الحنفية ضابطاً مختصراً لجرائم التعزير، فقالوا: «يعزر كل مرتكب منكر[٢]، أو معصية ليس فيها حد مقدر، أو مؤذي مسلم أو غير مسلم بغير حق، بقول أو فعل أو إشارة بالعين أو باليد»[٣].

وهذه الضوابط أو التعريفات لجريمة التعزير، وإن كان فيها شيء من العموم والإجمال وعدم التفصيل خلافاً لما عليه القوانين العصرية، إلا أنها ليست خطيرة، لأن مرجع القاضي في التجريم ليس أساسه العقل والهوى الشخصي، وإنما يتقيد في ذلك بأوامر ونواهي الشرع في القرآن والسنة، ويهتدي بما أجلاه الفقهاء تماماً في هذا الشأن، فما قبحه الشرع فهو قبيح، وما حسنه الشرع فهو حسن. وحكم الشرع دائماً وأبداً مقيد بالمصلحة العامة ودفع الضرر العام، فإن لم تكن مصلحة عامة أو ضرر عام، روعيت المصلحة الشخصية.

وأما العقوبات التعزيرية فهي كالتوبيخ، أو الزجر بالكلام، أو الحبس، أو النفي عن الوطن، أو الضرب، وقد يكون التعزير بالقتل إذا كانت الجريمة خطيرة تمس أمن الدولة أو النظام العام في الإسلام مثل قتل المفرِّق لجماعة المسلمين، أو الداعي إلى غير كتاب الله وسنة رسوله ﷺ، أو التجسس، أو انتهاك عرض امرأة بالإكراه إذا لم يكن هناك وسيلة أخرى لقمعه وزجره[٤].

---

(١) السياسة الشرعية لابن تيمية: ص١١١ وما بعدها، ط ثالثة، الحسبة لابن تيمية: ص٤٦، الدر المختار: ٣/ ١٩٩ وما بعدها، المهذب: ٢/ ٢٨٨، الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٤.

(٢) المنكر: هو كل خطيئة لا حد فيها.

(٣) الدر المختار، المكان السابق.

(٤) الدر المختار: ٣/ ١٩٦ وما بعدها، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٥٥، القوانين =

فالعقوبات التعزيرية محددة معروفة في الشريعة كما بين الفقهاء في كتبهم، وليس للقاضي الحكم بعقوبة غير مألوفة شرعاً. وكل ما في الأمر أنه ليس هناك تقدير في أنواع التعزيرات بحسب كل جريمة على حدة، وإنما يفوض الرأي للقاضي في اختيار نوع العقوبة الملائم قدرها للجناية، وبحسب ظروف الجاني وأحواله تغليظاً أو تخفيفاً: لأن المقصود من التعزير هو الزجر، والناس يتفاوتون بتفاوت مراتبهم فيما يحقق هذا الهدف المقصود من العقاب، ولأنه قد تحدث جرائم لم يألفها الناس حسبما تقتضي طبيعة التطورات الاجتماعية والاقتصادية، وقد يتفنن المجرمون في ابتكار ألوان مختلفة لجريمة واحدة، قال عمر بن عبد العزيز: «سيحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور». وإذا حكم القاضي بالضرب فليس لأقله حد معين، وإنما يفعل ما يراه محققاً للمصلحة والزجر، وأما أقصى الضرب: فهو مقيد بألا يتجاوز مقداراً معيناً وهو ما دون أقل الحدود الشرعية، لقوله ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»[١]. لكن اختلف الفقهاء في أكثر الضرب، فقال أبو حنيفة ومحمد والشافعية والحنابلة: لا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود الشرعية وهو أربعون جلدة، وإنما ينقص منه سوط واحد فلا يتجاوز الحكم تسعة وثلاثين سوطاً.

وقال أبو يوسف: لا يبلغ بالحد ثمانين، وينقص منه خمسة أسواط، فلا يتجاوز خمسة وسبعين سوطاً.

وقال المالكية: يجوز التعزير بمثل الحدود وأقل وأكثر حسب الاجتهاد[٢].

= الفقهية: ص٣٥٨، المهذب: ٢/ ٢٢٢، ٢٨٩، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٥١، مغني المحتاج: ٤/ ١٩١ وما بعدها، المغني: ٨/ ٣٢٤ وما بعدها، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم: ص٢٦٥، الحسبة لابن تيمية: ص٤٦-٤٨، التعزير في الشريعة للدكتور عبد العزيز عامر: ص٢٥٤ وما بعدها.

(١) رواه البيهقي عن النعمان بن بشير، وهو حديث مرسل.

(٢) راجع الخلاف في البدائع: ٧/ ٦٤، فتح القدير: ٤/ ٢١٤، تبيين الحقائق: ٣/ ٢٠٩، رد المحتار والدر المختار: ٣/ ١٩٤، الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٥، القوانين الفقهية: ص٣٥٨، المهذب: ٢/ ٢٨٨، المغني: ٨/ ٣٢٤، السياسة الشرعية لابن تيمية: ص١١٢، الطرق الحكمية: ص٢٦٥، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٢٩.

ومن صفات التعزير عند الحنفية والشافعية أنه ليس واجباً على القاضي الحكم به، وإنما يجوز له العفو عنه وتركه إذا لم يتعلق به حق شخصي لإنسان معين، لما روي أن النبي ﷺ قال: «أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم، إلا في الحدود»(١). وهذا يدلنا على أنه يراعى في التعزير مصلحة المتهم، ويسلك معه مسلك التخفيف.

يظهر من كل هذا أن العقوبات التعزيرية في الإسلام تتصف بصفة المرونة في التطبيق، فتترك للقاضي الحرية في اختيار نوع العقاب الملائم، أو الإعفاء من العقوبة، وليس للقاضي سلطة في التجريم والعقاب كيفما يشاء، وإنما هو مقيد في حكمه بأوامر الشرع وقواعده(٢). وهذا أسمى ما ينشده القانونيون من التخفيف من حدة مبدأ قانونية الجرائم، وإعطاء سلطات تقديرية للقاضي في العقاب، مثل ترتيب العقوبة بين حد أقصى وحد أدنى يتراوح بينهما تقديره، أو ائتمانه على تطبيق نظام الظروف المخففة أو تخويله سلطة الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة في بعض الأحوال. وبذلك تكون الشريعة الإسلامية قد ابتدأت في العقوبات التعزيرية بما انتهت إليه القوانين الحديثة - على حد تعبير أستاذنا الشيخ محمد أبي زهرة(٣).

٤- الحاكم هو الذي يتولى تطبيق العقاب الجنائي:

إن الحاكم أو نائبه هو الذي يختص بتطبيق العقوبات الجنائية، سواء أكانت مقدرة أم غير مقدرة، حفظاً للنظام، ومنعاً من الفوضى، ودرءاً للفساد وانتشار المنازعات بين الناس، قال الكاساني: يقيم الحد الإمام أو من ولاه الإمام(٤)، وقال الماوردي: «مما يلزم الحاكم من الأمور العامة: إقامة الحدود لتصان محارم الله تعالى عن الانتهاك، وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك»(٥).

(١) رواه أحمد وأبو داوود والنسائي وابن عدي والعقيلي من حديث عائشة، وفي إسناده مقال بالطعن وصححه ابن حبان.
(٢) الجريمة والعقوبة لأستاذنا محمد أبي زهرة: ص١٩٩.
(٣) راجع الجريمة والعقوبة له: ص١٨٤.
(٤) البدائع ٧/ ٩٦، وانظر صلاحيات الحاكم في حجة الله البالغة: ٢/ ١٣٢ ومنها إقامة الحدود.
(٥) الأحكام السلطانية: ص١٤.

وقال الدردير المالكي: «لا يجوز لأحد تأديب أحد إلا الإمام أو نائبه..أو الزوج لنشوز زوجته أو تركها نحو الصلاة إذا لم ترفع للإمام، أو الوالد لولده الصغير أو معلماً»[١]. وقال محب الدين الطبري: «وعلى الغاصب التعزير لحق الله تعالى، واستيفاؤه للإمام»[٢].

وبناء عليه فلا يجوز لإنسان عادي القيام بتنفيذ العقوبة الجنائية، حتى تصان الحقوق وتحفظ النفوس من الاعتداءات عليها، ولأن عقوبة الجلد مثلاً تحتاج إلى معرفة شرائط معينة لها لا يحسنها الناس عادة، فيخصص لها جلاد معين. لذا حرم الإسلام عادة الأخذ بالثأر التي كانت سائدة في الجاهلية بين القبائل العربية، إذ لا فائدة منها سوى توسيع دائرة القتل، وتجاوز الحدود اللازمة، وتوالي الويلات والجرائم، وتوليد الأحقاد، وإثارة العداوات التي لا تكاد تنتهي، فإذا لم يضع الحاكم حداً لجريمة قتل واحدة، تعددت حوادث القتل، وفشا وباء إراقة الدماء، وعندئذ يتهدد أمن المجتمع بأسره، وصدق الله تعالى حيث قال: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٩].

وقال العز بن عبد السلام: «لا يستوفي أحد حق نفسه بالضرب... ومن قدر على استيفاء حق له مضبوط معين، فله استيفاؤه كانتزاع المغصوب من غاصبه، والمسروق من سارقه، ويستثنى من ذلك القصاص لا يستوفىٰ إلا بحضرة الإمام، لأن الانفراد باستيفائه محرك للفتن، ولو انفرد بحيث لا يرى فينبغي ألا يمنع منه، ولا سيما إذا عجز عن إثباته، وكذلك لا يستوفىٰ حد القذف إلا بحضرة الإمام، ولا ينفرد مستحقه باستيفائه، لأنه غير مضبوط في شدة دفعه وإيلامه، وكذلك التعزير لا يفوض إلى مستحقه، إلا أن يضبطه الإمام بالحبس في مكان معلوم في مدة معلومة، فيجوز له أن يتولاه المستحق»[٣].

وإذا كانت الشريعة تجعل حق القصاص لولي الدم وهو وارث القتيل فذلك يعني

(١) الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٤.
(٢) مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٧.
(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٧ وما بعدها.

إعطاءه حق تنفيذ القتل تحت إشراف الحاكم دون أن يتدخل في إثبات الجريمة ونحوه، فالإثبات وإصدار الحكم بالقصاص من صلاحيات القاضي، وتنفيذ القتل أو استيفاء القصاص - بتعبير الفقهاء - مشروط بحضور الحاكم(١) حسماً للفوضى والنزاع، فيمكّن مستحق القصاص من استيفائه إذا كان يحسن القتل، لأن في ذلك الأسلوب شفاءً لألم المصاب دون ضرر بالجاني، بل وأدعى لرحمة ولي الدم وعفوه عن القاتل عندما يراه تحت سلطته، ولكن على القاضي أن يتفقد آلة القتل منعاً للتعذيب، لأن الإسلام أمر بإحسان القتلة، روى شداد بن أوس أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذِّبْحة، وليُحد أحدكم شفرته، وليريح ذبيحته»(٢).

٥- تكافؤ الدماء والمساواة في العقوبات:

الناس جميعاً في تقدير الشريعة متساوون في الحقوق والواجبات وفي الحدود وسائر العقوبات وفي تكافؤ الفرص، لا فرق بين غني وفقير، وشريف ووضيع، وحاكم ومحكوم، وزعيم وتابع أو سيد ومسود، والدماء متساوية بين السليم والمريض، والعالم والجاهل والعاقل والمجنون، والكبير والصغير، والرجل والمرأة، والمسلم والمواطن المعاهد والجماعة والواحد(٣)، فإذا اعتدى واحد على آخر فقتله، يقتص منه تحت رقابة ولي الأمر دون تفرقة في الجنس أو الجنسية أو العنصر والعرق، أو اللون أو الدين. والمساواة لازمة أيضاً بين الجريمة والعقاب حفاظاً على أمن المجتمع والجماعة، والفرد والأسرة، وتحقيقاً لأصول الحرية، وصوناً للكرامة الإنسانية، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَى

---

(١) هذا رأي الحنفية والمالكية والحنابلة (راجع المغني: ٧/ ٩٦٠، تحفة الفقهاء: ٣/ ٢٢٦ ط أولى) وقال الشافعية في الأصح: لا يشترط حضور الحاكم أي رئيس الدولة، بل يكفي إذنه، لكن يسن حضوره أو نائبه وحضور شاهدين وأعوان الحاكم (أي الشرطة) (راجع مغني المحتاج: ٤/ ٤١).

(٢) رواه مسلم في صحيحه.

(٣) البدائع: ٧/ ٢٣٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/ ٣٥٤.

﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ٢/١٧٨] وبهذا المبدأ وحده لما فيه من عدالة وخير ودون إسراف في الانتقام يرتدع الجناة، ويشفي قلب المجني عليه ويذهب حقده وغليله، وتهدأ نفسه، ويطمئن الناس إلى عدالة القضاء.

وبناء عليه يجري القصاص بين الولاة والعمال ورعيتهم، وبين الحكام والرعية لعموم الآيات والأخبار النبوية، قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٥/٤٥] وقال النبي ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم..»(١).

وثبت عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكا إليه عاملاً (موظفاً) أنه قطع يده ظلماً: «لئن كنت صادقاً لأقيد بك منه» أي لأقتص لك منه.

وثبت أن عمر رضي الله عنه كان يقيد من نفسه، وروى أبو داوود قال: «خطب عمر، فقال: إني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم، ولا ليأخذوا أموالكم، فمن فعل به ذلك، فليرفعه إلي أقصه منه، فقال عمرو بن العاص: لو أن رجلاً أدب بعض رعيته تقصه منه؟! قال: إي (أي نعم) والذي نفسي بيده أقصه منه، وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه»(٢). وفي كتاب عمر إلى سعد بن أبي وقاص: «إن الله ليس بينه وبين أحد نسب إلا بطاعته، والناس شريفهم ووضيعهم في ذات الله سواء».

ومن واقع السنة النبوية أن امرأة من بني مخزوم اسمها فاطمة سرقت مع أنها ذات حسب ونسب، فاهتمت قريش لها، وقالوا: من يكلم رسول الله ﷺ ومن

---

(١) رواه أبو داوود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأخرج أحمد وأبو داوود والنسائي عن علي رضي الله عنه بلفظ «المؤمنون تتكافأ دماؤهم...» إلخ. أي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (فتح القدير: ٣/٢٩٨).

(٢) راجع المغني: ٧/٦٦٣ ط ثالثة، وآخر كلام عمر إشارة إلى قول الرسول ﷺ واستعداده للقصاص وهو «ألا من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهري فليستقد، ومن كنت شتمت له عرضاً، فهذا عرضي فليستقد منه» أي فليقتص منه.

يجترئ عليه إلا أسامة حِبُّ رسول الله ﷺ؟ فكلم رسول الله ﷺ في أمر هذه المرأة المخزومية، فغضب، وقال مخاطباً أسامة بن زيد: «أتشفع في حد من حدود الله؟» ثم قام فخطب فقال: «يا أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت، لقطعتُ يدها، فقطع يد المخزومية»[(١)].

وفي حديث نبوي آخر: «من حالت شفاعته دون حد من حدود الله، فقد ضادَّ الله في أمره»[(٢)].

٦- القصاص لا يتجزأ:

يعني أن القصاص أو الإعدام لا يقبل بطبيعته التجزئة، فلا يمكن استيفاء بعض القصاص دون بعض، إذ إن القضية إما موت وإمّا حياة، فإما أن يطبق إذا لم يكن هناك مانع شرعي من تطبيقه، ولو اشترك في الجريمة أكثر من واحد، وإما ألا يطبق.

وبناء عليه إذا ثبت حق القصاص لجماعة فهو حق كامل يستقل به كل واحد منهم بالمطالبة به، لنشوئه عن سبب لا يتجزأ، وللحنفية عبارة فقهية في هذا الشأن هي: «الأصل أن كل ما لا يتجزأ من الحقوق إذا ثبت لجماعة، وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم، يثبت لكل واحد منهم على سبيل الكمال كأنه لا يشاركه فيه غيره، كولاية التزويج بالنسبة إلى الأولياء على القصر، وولاية منح الأمان للحربيين»[(٣)].

مثاله: إذا كان مستحقو القصاص متعددين وفيهم صغير أو مجنون فللكبار عند أبي حنيفة والمالكية[(٤)] القصاص دون انتظار كبر الصغير وصحو المجنون، لأن حق القصاص ثابت لكل واحد من الورثة مستقلاً عن غيره بسبب واحد وهو القرابة،

(١) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد والنسائي من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٢) أخرجه أبو داوود والحاكم وصححه من حديث ابن عمر رضي الله عنه.
(٣) الدر المختار: ٥/ ٣٨٣ ط البابي الحلبي، البدائع: ٧/ ٢٤٢.
(٤) البدائع: ٧/ ٢٤٢- ٢٤٤، الشرح الكبير: ٤/ ٢٥٧.

ولأن القصاص لا يقبل التجزئة. ويؤيده ما روي عن علي ﷺ أنه قال لابنه الحسن عندما ضربه ابن ملجم لعنه الله: «إن شئت فاقتله، وإن شئت فاعف عنه، وأن تعفو خير لك» فقتله الحسن وكان في ورثة علي صغار.

وأما الغائب فينتظر قدومه لاحتمال عفوه، إلا أن المالكية اشترطوا أن يكون قدومه قريب الحصول، فإن كانت الغيبة بعيدة جداً وميؤوساً من عودته فلا ينتظر.

وقال الشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية[١]: لا يجوز لبعض ورثة القتيل استيفاء القصاص إلا بإذن الباقين، فإن كان أحدهم غائباً أو صغيراً أو مجنوناً، ينتظر قدومه أو بلوغه أو إفاقته، لأن القصاص حق مشترك بينهم، وهو للتشفي فيفوض أمره إلى كل مستحق.

ولهذه القاعدة أمثلة أخرى منها:

- إذا عفا أحد الورثة المستحقين للقصاص حتى ولو زوجاً أو زوجة صح عفوه، وسقط القصاص في قول أكثر العلماء منهم أئمة المذاهب الأربعة[٢]، لأن العفو عن القاتل أورث شبهة في الاستحقاق، والقصاص لا يستوفى مع الشبهة، ولأن العفو أسقط نصيب العافي، فيسقط نصيب الآخر، لعدم إمكان تجزئة القصاص كما ذكرنا. وروى زيد بن وهب «أن عمر أتي برجل قتل قتيلاً، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه، فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل قد عفوت عن حقي، فقال عمر: الله أكبر عتق القتيل»[٣].

- إذا اشترك اثنان فأكثر في قتل شخص، يقتلون جميعاً باتفاق علماء المذاهب الأربعة[٤]، لأن زهوق الروح لا يتجزأ، ولا يمكن قسمته بين الجناة الشركاء في الجناية، واشتراك الجماعة في أمر لا يتجزأ يوجب عقاباً كاملاً في حق كل منهم،

(١) مغني المحتاج: ٤/ ٤٠، المغني: ٧/ ٧٣٩ وما بعدها، الدر المختار المكان السابق.
(٢) المراجع السابقة، البدائع: ص٢٤٧، المغني: ص٧٤٢.
(٣) رواه أبو داوود.
(٤) البدائع ٧/ ٢٣٨ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٩٥، تبيين الحقائق: ٦/ ١١٤ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٤٥، المهذب: ٢/ ١٧٤، مغني المحتاج: ٤/ ١٢، المغني: ٧/ ٦٧١، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٢٥٩، التشريع الجنائي لعودة: ١/ ٤٠.

كأنه لا يشاركه فيه غيره، وهذا الحكم ثبت بإجماع الصحابة، لما روى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب ﷺ قتل سبعة أنفس من أهل صنعاء قتلوا رجلاً، وقال: «لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً».

إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد المقصود من التمالؤ: فقال أبو حنيفة والشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم: هو توافق إرادات الجناة على الفعل دون أن يكون بينهم اتفاق سابق، وذلك بشرط أن يفعل كل واحد منهم فعلاً لو انفرد به أدى فعله إلى الموت، كأن يجرح كل منهم مثلاً جرحاً مهلكاً.

وقال مالك: إن التمالؤ يتطلب اتفاقاً سابقاً على ارتكاب الفعل بأن يقصد الجميع الضرب، ويحضروا الجناية، وإن لم يتول القتل إلا واحد منهم، والآخر كان رقيباً مثلاً، بشرط أن يكونوا بحيث لو استعين بهم أعانوا.

ويقتل عنده أيضاً الجمع غير الممالئين بقتل شخص واحد إذا ضربوه عمداً عدواناً ومات مكانه، ولم تتميز الضربات، أو تميزت ولكن لم تعرف الضربة القاتلة.

ويلاحظ أن القانون الجزائي في مصر وسورية توسع في نظرية الاشتراك أكثر مما عليه الفقه الإسلامي، إذ إن الفقه والقانون يتفقان في حال المساهمة بصفة أصلية، أي اشتراك عدة فاعلين في ارتكاب ذات الجريمة.

أما إذا اشترك الجاني بصفة ثانوية، فإن الشريك يعاقب قانوناً عقاب الفاعل الأصلي إذا لعب دوراً على مسرح الجريمة بالتحريض أو المساعدة أو الاتفاق[(١)]. أما شرعاً فلا يعتبر التحريض من دون مساعدة مستوجباً لعقاب الفاعل الأصلي، ومذهب المالكية في ذلك هو أقرب المذاهب الفقهية إلى القانون. ويمكن اعتبار عقوبة الإعدام للشريك في القانون داخلة تحت عقوبة التعزير المقررة له عند غير المالكية.

إذا اشترك اثنان في قتل رجل: أحدهما ممن يجب القصاص عليه لو انفرد بالجريمة وحده، والآخر لا يجب عليه لو انفرد لعدم انطباق شروط القصاص عليه

---

(١) موجز القانون الجنائي للدكتور علي راشد: ص٢١٠، ٢١٥.

السابق ذكرها[١]، مثل اشتراك صبي مع بالغ، ومجنون مع عاقل، ومخطئ مع عامد في قتل شخص، أو اشتراك والد مع شخص آخر أجنبي في قتل الابن، أو اشتراك زوج مع أجنبي في قتل زوجة وله منها ولد، أو اشتراك رجل مع سبع أو حية في إماتة إنسان كأن يجرحه سبع أو تلدغه حية، ويجرحه إنسان عمداً فيموت بسببهما، أو يجرح الشخص نفسه ويجرحه أجنبي أيضاً فمات، ففي كل هذه الحالات لا قصاص في مذهب الحنفية والحنابلة[٢] على من توافرت فيه شرائط القصاص، لوجود الشبهة في فعل كل واحد منهما، ولا يطبق القصاص مع الشبهة، لكن تجب الدية عليهما[٣].

وقال المالكية: إن اشترك في القتل عامد ومخطئ، أو مكلف وغير مكلف إن تمالآ على قتله مثل عامد وصبي، أو عامد ومجنون، فعلى العامد القصاص، وعلى المخطئ والصبي نصف الدية، رعاية للمصلحة وصيانة للدماء، فكأن كل واحد منهما انفرد بالجريمة[٤].

وقال الشافعية: لا يقتل شريك المخطئ وشبه العمد بسبب الشبهة في القصاص، وإنما تجب الدية عليهما، ويقتل شريك الأب في قتل ولده، وشريك جارح نفسه كأن جرح الشخص نفسه وجرحه غيره، فمات بهما، وكذلك يقتل شريك دافع الصائل[٥] في الأظهر، وشريك صبي مميز أو مجنون، وشريك السبع والحية القاتلين غالباً، لصدور الجريمة منه وهو القتل العمد، وأما امتناع القصاص على الآخر فهو لعذر أو مانع خاص به، فلا يتعدى إلى الآخر، ويجب عليه القصاص جزاء لفعله[٦].

---

(١) وهي في القاتل خمسة: أن يكون عاقلاً، بالغاً، متعمداً القتل قاصداً إياه، وعامداً عمداً محضاً لا شبهة فيه، مختاراً غير مستكره.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٥، الفتاوى الهندية: ٦/ ٤، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٩٧، المغني: ٧/ ٦٧٧، ٦٨١ لكن شريك الأب عليه القصاص عند الحنابلة.

(٣) ويلاحظ أن حال اشتراك الشخص مع سبع أو حية فيه وجهان عند الحنابلة: أحدهما: لا قصاص على الإنسان، والثاني: عليه القصاص.

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٨٩، ٤٠٥، الشرح الكبير للدردير: ٤: ٢٤٦ وما بعدها.

(٥) أي المدافع عن نفسه أو ماله أو عرضه ضد الباغي المعتدي.

(٦) مغني المحتاج: ٤/ ٢٠، المهذب: ٢/ ١٧٤.

وكما أن القصاص لا يتجزأ فكذلك **عقاب الحد لا يتجزأ**، فلو اشترك صبي أو مجنون مع كبار بالغين في سرقة أو في حرابة لا يقام الحد عند أبي حنيفة وصاحبه محمد على أحد من الكبار، لأن اشتراك الصبي أو المجنون معهم أوجد شبهة في تحقق واكتمال معنى الجريمة(١).

٧- إذا سقط الحق الخاص في العقاب بقي الحق العام:

العفو عن القصاص والعقوبات لازم كالإبراء عن الديون لا يقبل الرجوع، أي إنه من التصرفات التي لا تحتمل الفسخ(٢). وقد أجمع العلماء على جواز العفو عن القصاص، وأنه أفضل من القصاص، والدليل على مشروعيته قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٨]. وفي آية أخرى: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٥/ ٤٥]. وقال أنس بن مالك: «ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو»(٣).

فإذا صدر العفو من أحد أولياء الدم، قال الحنفية والمالكية(٤): سقط القصاص، ولم يجب على القاتل دية، لأن حق ولي الدم ثبت في ذات القصاص عيناً أي متعيناً فيه، ومن له حق في شيء فأسقطه، سقط مطلقاً كالإبراء عن الدين ونحو ذلك، فلا دية لعاف عن القاتل إذا لم يصرح حال العفو بدية ولا غيرها، أو لم تظهر قرائن تدل على إرادته الدية. وكذلك قال الشافعية: لو أطلق الولي العفو عن القود، ولم يتعرض للدية بنفي ولا إثبات، فالمذهب لا دية، لأن القتل العمد لم يوجب الدية، والعفو إسقاط شيء ثابت، لا إثبات معدوم غير موجود(٥).

---

(١) البدائع: ٧/ ٦٧، ٩١.
(٢) هناك تصرفات لا تحتمل الفسخ مثل الطلاق والنكاح والظهار واليمين والعفو عن القصاص (راجع قواعد الأحكام: ٢/ ١٢٨، حاشية ابن عابدين: ٥/ ٧٦).
(٣) رواه أبو داوود.
(٤) البدائع: ٧/ ٢٤٧، الدر المختار: ٥/ ٣٧٦، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٣٩ وما بعدها.
(٥) مغني المحتاج: ٤/ ٤٩.

وقال الإمام أحمد في رواية عنه مثل قول المذاهب السابقة: وهو أن موجب القتل العمد القصاص عيناً، لقوله عليه السلام: «من قتل عمداً فهو قود»[١] وروي عنه رواية أخرى: وهي أن الواجب بالقتل العمد أحد شيئين: القصاص أو الدية.

والخلاصة: أن الواجب بالقتل العمد شيء معين هو القود عند أئمة المذاهب، وأن أثر العفو سقوط العقوبة التي أوجبتها الجناية، فإن تم العفو بشرط الدية أو بالصلح وجب ما تم عليه الاتفاق، وإن لم يقبل الجاني برضاه أو المصالح دفع الدية فلا يلزم ولا يثبت الحق في الدية حينئذ، لأن ذلك معاوضة فلا بد من تراضي الطرفين. وصاحب الحق في القصاص ولي الدم[٢] لا السلطان، فإذا حدث العفو لم يكن للحاكم المنع منه وإن طلب القصاص لم يجز تركه.

وإذا سقط عقاب القصاص أو غيره من حقوق الشرع الخالصة بعفو صاحب الحق فيه أو بسبب آخر، بقي حق المجتمع الذي يمثله الحاكم، فله تعزير الجاني بالجلد أو بالسجن أو بما يراه محققاً للمصلحة العامة، لأن للجماعة حقاً في أصل العقاب للتأديب والزجر، إذ إن القصاص مما اجتمع فيه حقان: حق الله أو حق المجتمع، وحق المجني عليه. وهذا بمقتضى السياسة الشرعية في مذهب الحنفية والمالكية، لكن الإمام مالك حدد نوع التعزير فقال: إذا عفا ولي الدم عن القاتل عمداً، يبقى للسلطان حق فيه، فيجلده مئة ويسجنه سنة[٣].

وقال الشافعية والحنابلة: إذا عفي عن القاتل مطلقاً، صح العفو، ولم تلزمه عقوبة أخرى، وذكر الماوردي الشافعي أن لولي الأمر في الأظهر أن يعزر الضارب والشاتم بعد أن عفا المضروب والمشتوم، لأن للسلطة حقاً في التقويم والتهذيب، وذلك من حقوق المصلحة العامة[٤].

(١) أخرجه أبو داوود والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس.

(٢) أولياء الدم: هم الورثة على ترتيب الإرث والحجب حتى الزوجان، وهذا رأي الحنفية والشافعية والحنابلة. وقال المالكية: أولياء الدم هم الذكور العصبة دون البنات والأخوات والزوجين (القوانين الفقهية: ص٣٤٦).

(٣) التلويح على التوضيح: ٢/ ١٥٥، بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٦، المسؤولية المدنية والجنائية للشيخ شلتوت: ص٥١ وما بعدها.

(٤) المغني: ٧/ ٧٤٥، الأحكام السلطانية: ص٢٢٩.

وهكذا الحكم في كل التعزيرات فيها حقان: حق للمعتدى عليه، وحق للسلطان للتقويم والتهذيب، وإذا سقط الحق الخاص، لم يسقط الحق العام. وقال أبو يعلى الحنبلي: «أما حق السلطنة، فهل يسقط بعفو صاحب التعزير إذا كان السلطان يرى أن المصلحة في استيفائه؟ ظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى: أنه يسقط، لأنه لم يفرق. ويحتمل ألّا يسقط للتهذيب والتقويم»[١].

أما الحدود فلا يجوز العفو عنها، ولا الشفاعة فيها، لأنها من حقوق الله، أي من حقوق المجتمع أو من النظام العام. قال النووي في المنهاج: لو عفا مستحق حد فلا تعزير للإمام في الأصح، ولو عفا مستحق تعزير فللإمام التعزير في الأصح[٢]. لكن إذا لم تتوافر شرائط القصاص أو الحد، فللحاكم معاقبة المتهم بالتعزير والتغريم المالي أو الضمان.

٨- لا قصاص في الجروح حتى يبرأ المجني عليه:

يقتص من الجارح للمجروح بشرط إمكان تحقيق التماثل بين الجريمة وعقوبتها، لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٥/ ٤٥]. أي ذات قصاص، ولأن القصاص مبني على المماثلة كما أشرنا إليه سابقاً، فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص، وما لا فلا[٣].

وعلى هذا ففي قصاص الأعضاء الذي يظهر فيه أثر مبدأ التماثل: تقطع اليد باليد إن كان القطع من المفصل، فلو كانت جريمة القطع من نصف الساعد أو الساق أو من قصبة الأنف، أو بكسر العظم أو الضلع، لم يطبق القصاص، لعدم إمكان تحقيق المماثلة في القصاص، إذ إنه قد يكسر زيادة من عضو الجاني، أو يقع فيه خلل زائد، أو عطل دائم. وكذا الأمر في كل شجة في الرأس أو في غيره

---

(١) الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٢٦٦.
(٢) راجع مغني المحتاج شرح المنهاج: ٤/ ١٩٣.
(٣) تبيين الحقائق: ٦/ ١١١.

يراعى مبدأ المماثلة، كما أنه في المذاهب الأربعة لا تقطع اليد السليمة باليد الشلاء لعدم تحقق التساوي في المنفعة[١].

لكن مبدأ تطبيق القصاص في الأعضاء والجروح مقيد بأن يبرأ الجرح حتى يعرف مآل الجراحة، إذ قد تسري الجراحات إلى النفس فيحدث القتل، فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء، فلا يجوز عند جمهور الفقهاء القصاص في الأعضاء إلا بعد اندمال الجرح وشفائه، وعبارتهم في هذا: «لا يقاد بجرح إلا بعد برئه»[٢]، لأن النبي ﷺ: «نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح»[٣].

وقال الشافعية: إن كان القصاص في الأعضاء، فالمستحب فقط ألا يستوفى إلا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية إلى النفس[٤]، لما روى عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة قال: طعن رجل رجلاً بقرن في رجله، فجاء النبي ﷺ فقال: «أقدني، فقال: دعه حتى يبرأ، فأعادها عليه مرتين أو ثلاثاً، والنبي ﷺ يقول: حتى يبرأ، فأبى، فأقاده منه، ثم عرج المستقيد، فجاء النبي ﷺ، فقال: برئ صاحبي، وعرجت رجلي، فقال النبي ﷺ: لا حق لك».

وبناء عليه إن استوفي القصاص قبل اندمال الجرح وشفائه، جاز ذلك عند الشافعية.

٩- عمد الصبي وخطؤه سواء:

قال الحنفية والمالكية والحنابلة: إن عمد الصبي خطأ؛ أي في حكم الخطأ بالنسبة إلى وجوب المال والتزامه به ومثله المجنون والمعتوه، فإذا جنى أحدهم جناية عمداً لا قصاص عليه، وكانت عاقلته (أي العصبة) في الماضي هي التي تتحمل الدية، لأنه لم يتحقق منه كمال القصد أو نية العمد، لقصور أهليته وعقله

---

(١) المرجع السابق، الدر المختار: ٥/ ٣٩٠ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ٩٥، المهذب: ٢/ ٢٠٦، المغني: ٧/ ٧٣٣.

(٢) تبيين الحقائق: ٦/ ١٣٨، الدر المختار ورد المحتار، المكان السابق، ص٤١٥، المغني: ٧/ ٧٢٩، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٠.

(٣) رواه أحمد والدارقطني من حديث جابر، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٤) المهذب: ٢/ ١٨٥.

وعدم مسؤوليته عن التكاليف الشرعية. فصار كالنائم وأشبه فعله الخطأ. ويؤيده أن مجنوناً صال على رجل بسيف فضربه، فرفع ذلك إلى علي ﷺ، فجعل ديته على عاقلته بمحضر من الصحابة ﷺ، وقال: عمده وخطؤه سواء(١).

وقال الشافعية: الأظهر أن عمد الصبي عمد إذا كان مميزاً، وإلا فهو خطأ، يعني أنه لا قصاص عليه لعدم تكليفه بالحلال والحرام شرعاً، لكن تجب الدية في ماله، ولا تتحملها عنه عاقلته(٢)، إذ من المعروف أن العاقلة لا تتحمل دية القتل العمد أو حالة الصلح(٣) أو الاعتراف(٤). وبما أن فعله يعتبر عمداً في الأرجح عند فقهاء الشافعية، فلا تتحمل العاقلة دية القتيل الذي جنى عليه.

ولهذا قال الشافعية فيما سبق ذكره: يقتص من شريك الصبي والمجنون لأن عمدهما عمد، فكان الشريكان عامدين، فيقتل البالغ العاقل ولا يقتل الصبي ونحوه لعدم التكليف الشرعي له بأحكام الحرام في الإسلام.

١٠- درء العقوبات الشرعية المقدرة بالشبهات:

يحتاط في تطبيق العقوبات الشرعية، سواء أكانت حدوداً (حد الزنا، حد القذف، حد السرقة، حد الحرابة، حد شرب المسكرات) أم قصاصاً، منعاً للظلم، وإقراراً للعدل، وستراً على الإنسان بقدر الإمكان حتى يقلع عن الخطيئة بنفسه. هذا ما لم يكثر منه ارتكاب الجريمة، أو يقترفها بقصد المباهاة بها، أو يترتب عليها تهديد مستمر لأمن الجماعة عامة، وهذا يعني أن الشك يفسر لمصلحة المتهم، كما يقرر القانونيون.

---

(١) تبيين الحقائق: ٦/ ١٣٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم: ١/ ٧٧، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٣٧٨، ٤١٥، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٤ وما بعدها، القوانين الفقهية: ص٣٤٥، الدسوقي على الشرح الكبير: ٤/ ٤٨٦، المغني: ٧/ ٧٧٦، جامع أحكام الصغار لابن قاضي سماوة: ٢/ ١٨ بهامش جامع الفصولين.

(٢) مغني المحتاج: ٤/ ١٠، المهذب: ٢/ ١٧٤.

(٣) كأن يدعى شخص القتل، فينكره ويصالح المدعي على مال، لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره.

(٤) وهو أن يقر الإنسان على نفسه خطأ أو شبه عمد، فتجب الدية عليه، ولا تحمله العاقلة.

وبناء عليه فلا يحد الشخص حد الزنا مثلاً إذا قامت شبهة بسبب عقد غير صحيح شرعاً لعدم وجود الشهود مثلاً، أو لقيام العقد كمباشرة المرأة المطلقة طلاقاً ثلاثاً في العدة. ولا يقام حد القذف عند الحنفية إذا كان القذف بالكناية والتعريض مثل «يا حلال ابن الحلال» أو «ما يعرفك الناس بالزنا» لاحتمال اللفظ معنيين، ولا يحد الشخص مع الاحتمال. ولا يطبق حد السرقة إذا سرق الشخص من مضيفه أو قريبه المحرم أو زوجه أو مدينه أو من الأموال العامة لوجود الشبهة في تحقق الحرز[١] الحافظ للمال أو لكون السارق ذا حق خاص أو عام في المال المسروق.

ولا يحكم بالقصاص عند أبي حنيفة في القتل بالمثقل، أي غير الجارح لطروء شبهة على إحداث القتل عمداً، كما لا يحكم بالقصاص عند أبي حنيفة أيضاً بالخنق، والتغريق بالماء، والإلقاء من جبل أو سطح، أو بالحبس، ومنع الطعام والشراب، للشبهة في تحقق معنى العمد[٢].

وأدلة هذا المبدأ ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[٣]، وفي لفظ «ادرؤوا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم»[٤] وفي لفظ آخر: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان لها مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»[٥] «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً»[٦].

ومن المعلوم أنه إذا سقط الحد للشبهة أو لعدم اكتمال الشروط المطلوبة، وجب التعزير بالحبس أو بالضرب ونحوهما.

أما التعزير فلا يسقط بالشبهة، قال السيوطي وابن نجيم: الشبهة لا تسقط

(١) الحرز: هو ما خصص عادة لحفظ أموال الناس.
(٢) البدائع: ٧/ ٢٣٤، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٠٩ وما بعدها.
(٣) رواه البيهقي موقوفاً على علي رضي الله عنه، ولكن في سنده شخص منكر الحديث.
(٤) قال البخاري: أصح الروايات هذه الرواية عن عبد الله بن مسعود.
(٥) أخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٦) رواه ابن ماجه من حديث أبي هريرة.

التعزير وتسقط الكفارة، فلو أفسد الصائم صومه ظناً منه أن الشمس قد غربت أو أن الليل باق، فبان خلافه، فإنه يفطر ويقضيه ولا كفارة عليه، وشرط الشبهة عند الشافعية أن تكون قوية وإلا فلا أثر لها[1].

هذه هي أهم مبادئ العقاب الجنائي في الإسلام حاولنا تصيدها من تعليلات الفقهاء للأحكام، وأوردناها كنموذج للإدلال على حرص الشريعة في تنفيذ ما شرعته على أساس من الحق والعدل والخير والرحمة والمصلحة الواقعية التي لا تعارض مقاصد الشريعة. وننتقل إلى بحث الفصول الثلاثة لهذا الباب تباعاً.

(١) الأشباه والنظائر: ص١١٠، لابن نجيم: ١/ ١٦٤.

الفصل الأول

ضمان النفس الإنسانية

يشتمل هذا الفصل على مباحث ثلاثة تتناول عقوبات الاعتداء على النفس، الأصلية منها، والبدلية، وضمان هلاك النفس بسبب ممارسة حق شرعي وهو التأديب، وتنفيذ العقاب.

المبحث الأول: العقوبة الأصلية لجريمة القتل (القصاص)

القصاص أو الإعدام: هو عقوبة القتل العمد الذي يتوافر فيه عنصر القصد، ولو لم يكن هناك سابق تصور وتصميم خلافاً لما جرت عليه بعض القوانين الحديثة، لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٨]. وقد اشترط جمهور الفقهاء التكافؤ بين القاتل والمقتول في الحرية والدين، فلا يقتل مسلم بكافر ولا حر بعبد، لأن الأصل العام في القصاص هو التماثل، ولا تماثل بين هذين لقوله عليه السلام: «لا يقتل مسلم بكافر»[(١)]. استثنى الإمام مالك أن يقتل المسلم غير مسلم غِيلَة فيقتل به، وقتل الغيلة: أن يضجعه فيذبحه، ولاسيما إذا كان القتل لأخذ المال[(٢)]. قال العز بن عبد السلام: «الأصل في

---

(١) أخرجه البخاري من حديث أبي جحيفة.

(٢) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩١، الشرح الكبير: ٤/ ٢٣٨، مغني المحتاج: ٤/ ١٦ وما بعدها، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٤٩، المغني: ٧/ ٦٥٢.

القصاص التماثل إلا أن يؤدي اعتباره إلى إغلاق باب القصاص قطعاً أو غالباً، وحينئذ فلا يطلب تحقيق التماثل في الحالات الآتية: في أحجام الأعضاء كالأيدي والأرجل فيقتص لكل عضو بصرف النظر عن حجمه. وفي منافع الأعضاء كبطش اليدين ومشي الرجلين وبصر العينين وسمع الأذنين وذوق اللسان: لا يشترط التساوي بينها في المقدار. وفي قتل الجماعة بالواحد وقطع أيدي الجماعة بقطع يد الشخص الواحد لا تعتبر المساواة بينهم، وإلا لسقط القصاص في كثير من الأحوال بتواطؤ الجمع على القتل والقطع... إلخ[١].

وقال الحنفية: لا يشترط التكافؤ في الحرية والدين، كما ذكرنا في مبدأ تكافؤ الدماء، لأن المطلوب هو التكافؤ في الإنسانية، وعلى هذا: يقتل الحر بالعبد والمسلم بالمعاهد[٢]، لأن النبي ﷺ قتل مسلماً بذمي وقال: «أنا أحق من أوفى بذمته»[٣].

واتفق علماء المذاهب الأربعة على أنه يقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالمريض، إذ لا تفرقة بين الناس في الجنس والكبر والصغر والشرف والفضيلة والعلم والجهل ونحوها من الصفات الأخرى.

ومستحقو القصاص عند جمهور الفقهاء: هم الورثة على ترتيب الإرث الشرعي، حتى الزوجان سواء أكان الوارث من ذوي الفروض المعينة شرعاً أو من العصبات، لأن القصاص حق يورث، فكان كالحق في الأموال. وكذلك الدية يستحقها كل من يستحق الإرث[٤].

---

(١) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٦ بتصرف واختصار.

(٢) تبيين الحقائق: ٦/ ١٠٥، الكتاب للقدوري مع شرحه اللباب: ٣/ ١٤٤، مختصر الطحاوي: ص٢٣٠.

(٣) أخرجه أبو داوود في المراسيل من حديث عبد العزيز بن صالح الحضرمي، ورواه الدارقطني من حديث ابن عمر بلفظ «أنا أكرم من وفى بذمته» وفي سنده راوٍ ضعيف.

(٤) البدائع: ٧/ ٢٤٢، درر الحكام: ٢/ ٩٤، مغني المحتاج: ٤/ ٣٩ وما بعدها، المغني: ٧/ ٧٤٣.

وقال المالكية في المشهور عندهم: أولياء الدم: هم الذكور العصبة دون البنات والأخوات والزوج والزوجة، فليس لهم قول مع العصبة[١].

وأما **آلة القصاص** ففيها اختلاف بين الفقهاء:

قال الحنفية وفي رواية عن أحمد: لا يستوفى القصاص إلا بالسيف[٢]، لقوله عليه السلام: «لا قوَد إلا بالسيف»[٣] والمراد بالسيف السلاح.

وقال المالكية والشافعية وفي الرواية الراجحة عن أحمد[٤]: يفعل بالقاتل مثل ما فعل بالقتيل أي بنفس الطريقة التي تمت بها الجناية، إذا كانت الطريقة مشروعة يجوز فعلها، لأن مبنى القصاص على المماثلة في الفعل، إذ إنه جزاء القتل، ومعنى المماثلة: أن يفعل بالجاني مثل ما فعل هو بالمجني عليه، ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤]. وبناء عليه إذا قتل أحد غيره بالسيف اقتص منه بالسيف، وإذا أحرقه أو أغرقه، أو رماه بحجر، أو من مكان شاهق أو قتله بالحبس ومنع الطعام والشراب عنه، اقتص منه بمثل ذلك، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦] ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ٢/ ١٧٨] والقصاص يقتضي المماثلة كما بينا، ولأن النبي ﷺ «أمر برض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين»[٥] وقال عليه السلام: «من حرَّق حرقناه، ومن غرّق غرقناه»[٦].

وإن كان القتل بوسيلة غير مشروعة في ذاتها كتجريعه الخمر، لم يقتل بمثله، ويعدل إلى القتل بالسيف.

---

(١) القوانين الفقهية: ص٣٤٦.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٤٥، درر الحكام: ٢/ ٩٥، تبيين الحقائق: ٦/ ١٠٦، المغني: ٧/ ٦٨٥.

(٣) رواه ابن ماجه من حديث أبي بكرة. وقال الإمام أحمد: ليس إسناده بجيد (راجع نصب الراية: ٤/ ٣٤١).

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٦ وما بعدها، مغني المحتاج: ٤/ ٤٤ وما بعدها، المغني: المكان السابق.

(٥) رواه البخاري ومسلم عن أنس بن مالك.

(٦) أخرجه البيهقي من حديث البراء بن عازب.

هذا... وإذا استحدثت وسيلة من الوسائل في تطبيق القصاص تؤدي إلى القتل من دون تعذيب، وتسرع في إحداث الوفاة من دون تمثيل بالمقتول ولا مضاعفة آلامه، كالمقصلة والكهرباء والشنق، فلا مانع شرعاً من الأخذ بها، عملاً بالأمر العام بإحسان القِتْلة(١).

ويسقط وجوب القصاص عند الحنفية بإحدى الحالات الأربع التالية(٢):

١- موت القاتل: لو مات القاتل بآفة سماوية، سقط القصاص عنه ولم تجب الدية، لعدم بقاء محل القصاص، وهذا رأي المالكية أيضاً.

٢- العفو: لو عفا أولياء الدم جميعاً أو أحدهم عن القاتل، سقط القصاص ولم تجب الدية أيضاً، لأن القصاص حقهم، فيجوز لهم التنازل عنه، وهذا رأي المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً.

٣- الصلح: الصلح كالعفو، إلا أنه يكون على مال عادة، أما العفو فقد يكون مجاناً أو في مقابلة مال، فلو تصالح مستحقو القصاص أو أحدهم مع القاتل، سقط القصاص، ووجب العوض المتصالح عليه. لكن إذا كان المصالح أو العافي أحد الورثة، فإنه وإن سقط القصاص، لتعذر استيفائه، إذ إنه حق لا يتجزأ كما ذكرنا سابقاً، وجب على القاتل دفع حصة الورثة الآخرين من الدية، لأن الدية بدل القصاص. ولا حصة للعافي من الدية، لإسقاط حقه بالعفو.

٤- إرث القصاص: إذا مات مستحق القصاص، وكان القاتل أحد ورثته، سقط القصاص، لأن القاتل ورثه عنه، ويستحيل عقلاً أن يكون القصاص حقاً للقاتل، وواجباً عليه، والقصاص لا يتجزأ كما ذكرنا سابقاً.

جناية الآباء على الأبناء وعلى العكس:

إذا قتل الوالد ولده، أو قتل الجد ولد ولده، أو قتلت الأم أو الجدة ولدها أو

(١) المسؤولية المدنية والجنائية لأستاذنا شلتوت: ص٤٩، التشريع الجنائي لعودة: ٢/ ١٥٤.
(٢) البدائع: ٧/ ٢٤٦ وما بعدها، درر الحكام: ٢/ ٩٤، تبيين الحقائق: ٦/ ١١٣، المغني: ٧/ ٧٤٥، مغني المحتاج: ٤/ ٤٨، الشرح الكبير: ٤/ ٢٣٩ وما بعدها.

ولد ولدها، أو قتل الرجل زوجته وله منها ولد، أو قتل الأب زوجة ابنه، ففي هذه الحالات كلها لا يقتص عند جمهور الفقهاء من الوالد لولده(١)، لقوله ﷺ: «لا يقاد للابن من أبيه»(٢) أو «لا يقاد والد بولده»(٣) ولرعاية حرمة الوالد، ولأنه كان سبباً في وجود ابنه، فلا يكون ابنه سبباً في عدمه، رعاية لمبدأ الوفاء وبر الوالدين، ولأن الوالد لا يقتل ولده غالباً لوفور شفقته، فكان فعله شبهة في سقوط القصاص.

وقال الإمام مالك: لا يقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبحه أو يشق بطنه أو يقتله قتلاً يدل قطعاً على أنه تعمد قتله، ولم يقصد تأديبه. فإن كان القتل على غير هذا النحو مما يحتمل الشبهة أو التأديب وعدم العمد، فلا قصاص عليه، وعليه الدية في ماله. ومثل الأب: الأجداد، والأمهات والجدات(٤).

وملحظ الاختلاف بين مالك وجمهور الفقهاء: هو أن الإمام مالكاً علل درء الحد عن الأب بقتل ابنه بقوة المحبة بين الأب والابن مما يجعل القتل في الغالب خالياً عن نية العمد، فإن دلت قرينة قاطعة على توافر العمد، وجب القصاص حينئذ.

وأما الجمهور: فإنهم عللوا درء الحد عن الأب بما للأب من حق على ابنه، دون أن ينظروا إلى نية التعمد وعدمها.

وأما إن قتل الابن أباه أو أحد أصوله، فاتفق العلماء على أنه يقتص منه، لعموم الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الدالة على وجوب القصاص من القاتل، ولأن منطق القياس يقضي بذلك، إذ إن الأب أعظم حرمة وحقاً من الشخص الأجنبي، فإذا قتل القاتل باعتدائه على الأجنبي، فبالاعتداء على الأب أولى، بل إن قتل الابن لأبيه فيه تهمة واضحة وهو استعجال الوصول إلى المنافع، وأخذ الميراث، وأما محبة الابن للأب فهي مشوبة بتهمة المنفعة وتحقيق مصلحة نفسه(٥).

(١) البدائع: ٧/ ٢٣٥، تبيين الحقائق: ٦/ ١٠٥، مغني المحتاج: ٤/ ١٨، المغني: ٧/ ٦٦٦
(٢) رواه الحاكم والبيهقي وصححاه.
(٣) أخرجه النسائي وابن ماجه من حديث عمر بن الخطاب، ورواه ابن ماجه أيضاً من حديث ابن عباس.
(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٣٩٣، القوانين الفقهية: ص٣٤٦.
(٥) البدائع: ٧/ ٢٣٥، مغني المحتاج، المكان السابق، المغني: ٧/ ٦٧٠ الإفصاح: ص٣٢٢.

جناية الصبيان ونحوهم:

سبق لدينا أن عمد الصبي وخطأه سواء في الجنايات، وبينا أن من شرائط القصاص كون الجاني بالغاً عاقلاً. وبناء عليه فلا قصاص على الصبي ونحوه كالمجنون والمعتوه إذا ارتكب جريمة قتل، وإنما تجب الدية في ماله، وتدفع فوراً إن كان له مال، وإلا فينتظر إلى وقت اليسار. وكذلك تجب الدية عليه في ماله في كل جناية تكون منه فيما دون النفس على يد أو رجل أو عين وما أشبه ذلك(١).

ومن أمثلة ما يأتي: صبيان يلعبون بالرمي، فمرت بهم امرأة، فرمى صبي ابن تسع سنين أو نحوه سهماً، فأذهب عينها، قال الفقيه أبو بكر من الحنفية رحمه الله: الدية في مال الصبي دون والده، فإن لم يكن للصبي مال فنظرة إلى ميسرة. ثم إنما تجب الدية إذا ثبت رميه بشهادة الشهود، لا بإقرار الصبي بوجود سهم فيها، لأن إقراره على نفسه باطل(٢).

وقد أوضح الفقهاء مبدأ عدم القصاص من الصبي ونحوه، فقال ابن قدامة الحنبلي: لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون، وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما، والأصل في هذا قول النبي ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»(٣). ولأن القصاص عقوبة مغلظة، فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود، ولأنه ليس لهما قصد صحيح، فكل واحد كالقاتل خطأ(٤).

وبمثل ذلك قال الشافعية(٥).

---

(١) البدائع: ٧/ ٢٣٤، المبسوط: ٢٦/ ١٨٥، الدر المختار: ٥/ ٤١٥، مختصر الطحاوي: ص٢٢٩ وما بعدها، جامع أحكام الصغار لابن قاضي سماوة: ٢/ ١٨ بهامش جامع الفصولين ط أولى بالأزهرية.

(٢) جامع أحكام الصغار، المرجع السابق: ٢/ ١٥، ٢٠، مجمع الضمانات: ص١٧٣ .

(٣) رواه أحمد وأبو داوود والحاكم عن علي وعمر.

(٤) المغني: ٧/ ٦٦٤.

(٥) مغني المحتاج: ٤/ ١٥، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٤٩.

وقال ابن جزي المالكي: لا يقتص من القاتل إلا إذا كان بالغاً عاقلاً، فلا يقتص من صبي ولا مجنون، وعمدهما كالخطأ[١].

وكذلك إذا ارتكب الصبي أو المجنون ونحوهما جريمة تستوجب حداً من الحدود الشرعية (حد الزنا، حد القذف، حد السرقة، حد الحرابة، حد شرب المسكرات) فلا يقام عليه الحد، لعدم تحقق معنى الجريمة منه[٢]، إذ إن فعل الصبي والمجنون لا يوصف بكونه جريمة، لعدم تكليفه شرعاً، والتكليف بتوافر العقل والبلوغ، وهما غير مكلفين بنص الحديث السابق: «رفع القلم عن ثلاثة».

وأما التعزيرات أي العقوبات المفوضة إلى رأي القاضي، فلا يشترط فيها البلوغ، وإنما يكفي العقل أي التمييز، فيعزر كل عاقل تأديباً وزجراً له لا عقوبة[٣].

وقال الشافعية: يعزر الصبي والمجنون إذا فعلا ما يعزر عليه البالغ، وإن لم يكن فعلهما معصية[٤].

ضمان النفس بسبب ممارسة حق التأديب للحاكم أو للأب والزوج والمعلم:

إذا ضرب الوالي متهماً أو ضرب الأب ابنه للتأديب المشروع، أو ضرب الولي أو الوصي الصبي اليتيم، أو أدب المعلم صبياً بغير إذن أبيه، فمات المؤدَّب من هذا التأديب المشروع المعهود في العرف بين الناس، فهل يضمن هؤلاء فعلهم؟

اختلف الفقهاء في ذلك:

فقال أبو حنيفة والشافعي: إنه يجب ضمان الدية في هذه الحالات لأن المقصود هو التأديب والزجر، لا الهلاك، فإذا أفضى ذلك إلى التلف، تبين أنه تجاوز الحد المشروع له، أو تخطى حدود السلطة المخولة له، ولأن هذا الفعل وهو التأديب أمر مباح، فيتقيد بشرط السلامة للغير كالمرور في الطريق العام ونحوه، فإن استيفاء الإنسان حقه مقيد بشرط السلامة للآخرين[٥].

---

(١) القوانين الفقهية: ص٣٤٥.

(٢) راجع مثلاً البدائع: ٧/ ٣٣، ٤٠، ٦٧، ٩١.

(٣) البدائع: ٧/ ٦٣.

(٤) مغني المحتاج: ٤/ ١٩٢، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص٣٥٢.

(٥) المبسوط: ١٦/ ١٣، الدر المختار: ٥/ ٤٠١، درر الحكام: ٢/ ٧٧، جامع أحكام الصغار =

وقال المالكية والحنابلة والصاحبان من الحنفية: لا ضمان في هذه الحالات ما لم يكن هناك إسراف أو زيادة على ما يحقق المقصود أو يتجاوز المعتاد، لأن التأديب فعل مشروع للردع والزجر، فلا يضمن التالف به، كما هو الحال عند تطبيق الحدود الشرعية المقدرة[(١)] وقد أخذ القانون الجزائي في سورية ومصر بهذا الرأي فاعتبر حق التأديب للوالدين ومن في حكمهما (أي الوصي أو المعلم أو سيد العمل) وللزوج من أسباب إباحة الجريمة.

المبحث الثاني : العقوبة البدلية والعقوبة التبعيّة (الدية - حرمان الميراث والوصية)

إذا تم العفو أو الصلح في القتل العمد على مال وهو الدية، فيجب دفعها إلى أولياء الدم، فتصبح الدية عقوبة بدلية مقررة عوضاً عن القصاص. وكذلك تجب الدية إذا امتنع تطبيق القصاص لعدم اكتمال شرائطه، أو سقط بسبب من الأسباب ما لم يكن السبب هو العفو مجاناً أو موت الجاني في رأي أبي حنيفة ومالك[(٢)].

والدية: هي العقوبة الأصلية في القتل شبه العمد وقتل الخطأ، ويجب في هذين النوعين أيضاً كفارة: وهي عتق رقبة مؤمنة، فإن عجز عنها وجب صيام شهرين متتابعين، وهذا واجب ديني لتطهير النفس من آثار الخطيئة والتقصير، لذا أوجبها الإمام الشافعي في القتل العمد أيضاً.

والدية شرعاً: هي المال الواجب بدلاً عن النفس. **والأرش**: هو الواجب المقدر

= بهامش جامع الفصولين: ٢/ ٨- ١٠، مجمع الضمانات: ص٥٤، ١٥٧، ١٦٦، البدائع: ٧/ ٣٠٥، المهذب: ٢/ ٢٨٩، مغني المحتاج: ٤/ ١٩٩، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٣٠.

(١) المغني: ٨/ ٣٢٧، غاية المنتهى: ٣/ ٢٨٥، الأحكام السلطانية لأبي يعلى: ص٢٦٦، الميزان: ٢/ ١٧٢، نيل الأوطار: ٧/ ١٤٠- ١٤٥، البدائع: المكان السابق .

(٢) قال القدوري وشارحه (٣/ ١٦١): وكل عمد سقط فيه القصاص ككون القاتل أباً أو المقتول ابناً للجاني أو كان في القاتلين صغير، أو عفا أحد الأولياء، فالدية في مال القاتل في مدة ثلاث سنين، وكل أرش (تعويض عن الجناية) وجب بالصلح فهو في مال القاتل أيضاً، ويجب حالّاً، لأنه استحق بالعقد، وما يستحق بالعقد فهو حالّ.

شرعاً فيما دون النفس من أعضاء .**وحكومة العدل**: هي المال الذي يقدره القاضي بمعرفة الخبراء فيما ليس فيه مقدار محدد شرعاً كاليد الشلاء ونحوها مما ذهب نفعه، والجرح والتعطيل ونحوهما[١].

والمال الذي تجب فيه الدية عند أبي حنيفة ثلاثة أجناس: الإبل والذهب والفضة.

ومقدار الواجب هو مئة من الإبل لقوله عليه السلام: «في النفس مئة من الإبل»[٢]، وألف دينار من الذهب، وعشرة آلاف درهم من الفضة[٣]، وقال غير الحنفية: اثنا عشر ألفاً من الفضة لما روى ابن عباس قال: «قتل رجل رجلاً على عهد رسول الله ﷺ، فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً»[٤] وبين البيهقي أن المراد: درهماً.

فإن كانت الدية إبلاً فهي دية مغلظة في رأي أبي حنيفة وأبي يوسف إذا كان القتل عمداً أو شبه عمد؛ أي إنها تجب أرباعاً أي من أربع فئات: وهي ٢٥بنت مخاض، ٢٥بنت لبون، ٢٥ حِقَّة، و٢٥ جَذَعة[٥]، وتدفع في مهلة ثلاث سنين. قال عليه السلام: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد: ما كان بالسوط والعصا، مئة من الإبل»[٦].

---

(١) الدر المختار ورد المحتار: ٥/٤٠٦، ٤١١، اللباب شرح الكتاب: ٣/١٥٢، مغني المحتاج: ٤/٥٣، ٧٧.
(٢) رواه النسائي وصححه ابن حبان من حديث عمرو بن حزم.
(٣) الدينار في الستينيات وما قبلها يعادل: ٦٥ قرشاً مصرياً حوالي ٥ ليرات سورية، والدرهم ٥، ٢ قرشاً مصرياً حوالي ٢٠ قرشاً سورياً. والآن بعد ارتفاع سعر الذهب يعرف مقداره بحسب سعر الذهب القائم، علماً بأن الدينار هو المثقال من الذهب ويساوي ٤٥٧، ٤ غ وكان الذهب والفضة في أصل الشرع لهما سعر واحد.
(٤) رواه أصحاب السنن الأربع.
(٥) بنت المخاض: هي التي تكون في السنة الثانية من عمرها، وبنت اللبون: هي التي تكون في السنة الثالثة من عمرها، والحقة: هي التي تكون في السنة الرابعة، والجذعة: هي التي تكون في السنة الخامسة.
(٦) أخرجه أبو داوود والنسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمرو .

وإن كان القتل خطأ: فتجب دية مخففة وهي مئة من الإبل أخماساً: ٢٠بنت مخاض، ٢٠ ابن مخاض، ٢٠بنت لبون، ٢٠ حقة، ٢٠ جذعة، وتدفع في مدة ثلاث سنين أيضاً[1].

واتفق الفقهاء على أن دية المرأة نصف دية الرجل لقوله عليه السلام: «دية المرأة على النصف من دية الرجل»[2]، ولا فرق عند أبي حنيفة فيما عدا ذلك بين الكبير والصغير، والقوي والضعيف، والصحيح والمريض والعالم والجاهل، والمسلم وغير المسلم[3].

والدية الكاملة لا تجب فقط بإتلاف النفس، وإنما تجب أيضاً بإتلاف إحدى الحواس الخمس أو الأعضاء الخطيرة، أو المنافع (العقل والسمع والبصر والشم والذوق)، وفي الأنف الدية، وفي اللسان الدية، وفي العينين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي العقل إذا ضرب الرأس فذهب منه عقله الدية، وفي العضو التناسلي الدية، وفي ثديي المرأة الدية. وفي الأذن واليد[4] والشفة والعين الواحدة والثدي الواحد نصف الدية. وفي كل أصبع من أصابع اليد والرجل عُشر الدية، وفي كل سن من الأسنان أو ضرس من الأضراس: خمس من الإبل.

(١) البدائع: ٧/ ٢٥٣- ٢٥٧، تبيين الحقائق: ٦/ ١٢٦ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ٣/ ١٥٢ وما بعدها.

(٢) أخرجه البيهقي من حديث معاذ بن جبل مرفوعاً إلى النبي ﷺ.

(٣) البدائع: ٧/ ٢٥٤، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٥، مغني المحتاج: ٤/ ٥٦، المغني: ٧/ ٧٩٧.

(٤) إن قطع اليد في السرقة بسبب ربع دينار، وجعل ديتها خمس مئة دينار هو لمصلحة وحكمة في الموضعين وهي: المحافظة على الأموال والأعضاء، فقطعها في السرقة حفظاً للأموال، وجعل ديتها هذا المبلغ حفظاً لها وصيانة من الاعتداء عليها وقد اعترض بعضهم على ذلك فقال:

يد بخمس مئين عسجد وديت ... ما بالها قطعت في ربع دينار

تناقضٌ مالنا إلا السكوت له ... ونستجير بمولانا من العار

فرد عليه بعض الفقهاء بأنها كانت ثمينة لما كانت أمينة، فلما خانت هانت وقال:

يد بخمس مئين عسجد وديت ... لكنها قطعت في ربع دينار

حماية الدم أغلاها، وأرخَصَها ... خيانة المال، فانظر حكمة الباري

(راجع أعلام الموقعين: ٢/ ٦٣ ط السعادة).

وتعطيل منفعة عضو كقطعه تجب فيه الدية المقررة له كاملة كاليد إذا شلت، والعين إذا ذهب ضوءها، وهكذا[١]...

وأما **العقوبة التبعية**: فهي الحرمان من الإرث والوصية. فإذا قتل الوارث مورثه أو الموصى له الموصي، حرم من الميراث والوصية، لقوله عليه السلام: «لا يرث القاتل شيئاً»[٢] أو «ليس للقاتل ميراث»[٣] وقوله «ليس لقاتل وصية»[٤]، وعملاً بمبدأ سد الذرائع كيلا يطمع أحد بمال مورثه فيتعجل موته بالقتل، فإذا قتله عوقب بالحرمان، لأن «من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه» ولأن القتل يقطع الموالاة التي هي سبب الإرث. أما حرمان الميراث فمتفق عليه بين الفقهاء من حيث المبدأ، لكنهم اختلفوا في تحديد صفة القتل، فقال الحنفية والشافعية والحنابلة: إن القتل العدوان بغير حق سواء أكان عمداً أم خطأ مانع من الميراث، لكن يشترط عند الحنفية أن يكون القتل مباشرة لا تسبباً، وقال الشافعية والحنابلة: لا فرق بين المباشرة والتسبب، فكلاهما مانع من الإرث، وأضاف الشافعية: وسواء أكان القتل للمصلحة كضرب الأب والزوج والمعلم أم لا، أو كان اختياراً أم بإكراه[٥].

وقال المالكية: إن القتل العمد أو شبه العمد هو المانع من الميراث سواء أكان مباشرة أو تسبباً، أما القتل الخطأ فلا يحرم الإرث[٦].

وأما الحرمان من الوصية بالقتل: فهو عند أبي حنيفة كالحرمان من الميراث، يعتبر القتل بأي نوع منه مانعاً إذا كان مباشرة لا تسبباً[٧].

(١) الكتاب للقدوري مع شرح اللباب: ٣/ ١٥٤ وما بعدها.
(٢) أخرجه الدارقطني من حديث ابن عباس، وروى ابن ماجه نحوه من حديث أبي هريرة.
(٣) أخرجه النسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
(٤) أخرجه الدارقطني من حديث علي بن أبي طالب، وفيه رجل اسمه «مبشر» متروك يضع الحديث.
(٥) الدر المختار: ٥/ ٥٤٢، التلويح على التوضيح: ٢/ ١٥٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٣٦، مغني المحتاج: ٣/ ٢٥، المغني: ٦/ ٢٩٢، منار السبيل شرح الدليل لابن ضويان على مذهب أحمد: ٢/ ٥٢ ط دمشق.
(٦) الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٤٨٦.
(٧) الدر المختار: ٥/ ٤٥٩.

وعند المالكية: لا يصلح القتل الخطأ مانعاً من الوصية كالميراث، وأما القتل العمد أو شبه العمد فهو مانع من الوصية(١).

وقال الشافعية: الأصح أن الموصى له لو قتل الموصي ولو تعدياً، استحق الموصى به، لأن الوصية تمليك بعقد فأشبهت عقد الهبة، وخالفت الإرث(٢).

وقال الحنابلة: الأصح أن القتل بغير حق سواء أكان عمداً أم خطأ يبطل الوصية، لأنه يمنع الميراث، وهو آكد منها، فهي أولى بحرمان القاتل منها(٣).

عقوبة الإجهاض أو الجناية على الجنين:

إذا أسقطت المرأة جنينها ميتاً بفعل مادي أو معنوي أو سلبي كالضرب والجرح أو التهديد والتخويف، أو الصياح، أو التداوي بدواء معين أو غيره، أو منع الطعام أو الشراب عنها حتى تلقي الجنين، وجب على الجاني المعتدي(٤) دفع دية الجنين وهي الغُرَّة (عبد أو أمة) وقيمتها خمس من الإبل، أو خمسون ديناراً أو خمس مئة درهم تقسط في مدة سنة واحدة عند الحنفية(٥)؛ وذلك يساوي نصف عشر دية الرجل إذا كان الجنين ذكراً، وعشر دية المرأة إذا كان الجنين أنثى.

وكذلك يجب على المرأة في مالها دية الجنين إذا أسقطته بدواء أو فعل كضربها بطنها بلا إذن زوجها لتعديها، فإن أذن الزوج بذلك لم تجب الدية على ما حققه ابن عابدين.

والدليل على ما ذكر: ما روى أبو هريرة ﷺ قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل،

---

(١) الشرح الكبير: ٤/ ٤٢٦.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي: ص١٣٦، مغني المحتاج: ٣/ ٤٣.
(٣) منار السبيل في شرح الدليل على مذهب ابن حنبل للشيخ إبراهيم بن ضويان: ٢/ ٣٩.
(٤) كانت عاقلة الجاني (أي عصبته) في الماضي هي التي تتحمل دية الجنين، بسبب وجود معنى التناصر بين أفراد الأسرة الواحدة، أما اليوم فالجاني هو الذي يتحمل بنفسه تبعة جنايته لفقد معنى التناصر، كما أشرنا سابقاً.
(٥) درر الحكام: ٢/ ١٠٨، الدر المختار: ٥/ ٤١٦ وما بعدها، تكملة فتح القدير: ٨/ ٣٢٤، مجمع الضمانات: ص٢٠٠.

فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله ﷺ، فقضى رسول الله ﷺ أن دية جنينها: غُرَّة: عبد أو وليدة»[(١)].

ومن وقائع الأحكام القضائية الشهيرة في هذا: ما روي أن عمر ﷺ بعث إلى امرأة مُغِيبة كان يدخل عليها، فقالت: يا ويلها، ما لها ولعمر؟! فبينا هي في الطريق إذ فزعت، فضربها الطلق، فألقت ولداً، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي ﷺ، فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت والٍ مؤدب، وصمت علي، فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم، فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك، فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك، لأنك أفزعتها، فألقته، فقال عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك[(٢)] أي بني عدي من قريش. باعتبارهم عاقلتها.

والعلماء مختلفون في تحديد المقصود من الجنين الذي تجب فيه الدية: فقال الحنفية والشافعية: لا تجب الدية بالجناية على الجنين إلا إذا استبان بعض خلقه وصورته، وذلك بعد مرور أربعة أشهر على حمله. فإن ألقت مضغة أو قطعة لحم ليس فيها آدمي أصلاً، فلا دية. لكن تجب عند الحنفية حكومة عدل[(٣)].

وقال المالكية والظاهرية: تجب دية الجنين، سواء أكان ذكراً أم أنثى، تم خلقه، أم لم يتم إذا خرج من بطن أمه ميتاً، وعلى هذا: كل ما طرحته المرأة من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد، ففيه الغرة[(٤)].

وقال الحنابلة: لا تجب الدية إلا إذا كان الجنين بصورة آدمي، فإن لم تظهر فيه صورة إنسان فلا شيء فيه، إذ لا دليل على أنه جنين[(٥)].

---

(١) متفق عليه بين البخاري ومسلم.
(٢) المغني: ٧/ ٨٣٣، الأحكام السلطانية للماوردي: ص٢٣٠.
(٣) الدر المختار ورد المحتار: ٥/٤١٨، مغني المحتاج: ٤/١٠٤، نهاية المحتاج: ٧/ ٩٩ ط البهية المصرية.
(٤) بداية المجتهد: ٢/٤٠٨، القوانين الفقهية: ص٣٤٧، المحلى: ١١/ ٣٥ م٢١٢٢ .
(٥) المغني: ٧/ ٨٠٢.

وإذا ترتب على الجناية موت الأم، فألقت جنينها ميتاً، وجب عند الحنفية والمالكية دية للأم فقط، لأن القتل ليس عمداً، ولا تجب معها غرة للجنين. فإن ألقته حياً بعدما ماتت، وجب على الجاني ديتان: دية للأم، ودية للجنين، لأنه قتلهما[١].

وقال الشافعية والحنابلة: يجب في الحالتين ديتان: دية للأم، ودية للجنين[٢].

ولا تجب الكفارة بالإجهاض عند الحنفية والمالكية، وإنما هي أمر مستحب فقط، إذ لم يرد نص شرعي في ذلك[٣].

وقال الشافعية والحنابلة: تجب الكفارة في إجهاض الجنين، لأن كل قتل خطأ فيه الكفارة بعموم النص القرآني: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٤/ ٩٢][٤].

المبحث الثالث: ضمان الأنفس بسبب تنفيذ العقوبات الشرعية

اتفق العلماء على أن الحاكم إذا ترتب على إقامته أو تنفيذه حداً من الحدود الشرعية المقدرة موت المحدود بسبب الجلد في قذف أو زنا أو شرب خمر، أو بسبب قطع اليد في السرقة، فلا ضمان عليه، لأنه مارس صلاحيته بحق، وكان الحق هو سبب الموت والهلاك، سواء أتم تنفيذ الحد في حر وبرد مفرطين أم لا، وسواء أكان مريضاً أم لا[٥]. فلو ألزمنا الحاكم بالضمان لامتنع عن تطبيق الحد خشية السراية، وفي تعطيل الحدود إخلال بالنظام العام وإضرار بمصلحة المجتمع.

فإن مات الشخص بسبب عقوبة تعزيرية، ففي ضمانه اختلاف بين الفقهاء:

١- قال الحنفية والمالكية والحنابلة: إذا عزر الحاكم رجلاً. فمات من التعزير،

---

(١) درر الحكام: ٢/ ١٠٨، الدر المختار: ٥/ ٤١٧، القوانين الفقهية: ص٣٤٧.
(٢) مغني المحتاج: ٤/ ١٠٣، المغني: ٧/ ٨٠٦، الإفصاح: ص٣٣٩، الميزان: ٢/ ١٤٧.
(٣) تبيين الحقائق: ٦/ ١٤١، الدر المختار: ٥/ ٤١٨، بداية المجتهد: ٢/ ٤٠٨.
(٤) مغني المحتاج: ٤/ ١٠٨، المغني: ٧/ ٨١٥.
(٥) مغني المحتاج: ٤/ ٢٠٠، رحمة الأمة بهامش الميزان: ٢/ ١٦٠.

فلا ضمان عليه، لأن ذلك عقوبة مشروعة للردع والزجر، فلم يضمن من تلف به، كما في حال تطبيق الحد المقدر، ولأن الحاكم مأمور بإقامة الحد والتعزير، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة[١].

وقال الشافعي: يجب على الحاكم في ماله الخاص ضمان موت المعزر، لأن حكم الشريعة مطبق على جميع الناس حكاماً ومحكومين، ولقول علي كرم الله وجهه: «ما من رجل أقمت عليه حداً، فمات، فأجد في نفسي أنه لا دية عليه، إلا شاربَ الخمر، فإنه لو مات وَدَيْته، لأن النبي ﷺ لم يسنَّه»[٢] أي لم يسن مقداراً معيناً في جلد شارب الخمر، وإنما فعل أفعالاً مختلفة يجوز جميعها، فليس المراد من هذا الحديث إذن هو أن الشخص قد مات من الحد، لأن النبي ﷺ فعل أفعالاً مختلفة، ومنها أنه حد في الخمر أربعين جلدة، وهذا تعزير يفعله الحاكم حسب مقتضيات المصلحة.

ثم إن التعزير وإن كان فعلاً مشروعاً للحاكم، يجب ضمان ما ينتج عنه من الآثار غير المشروعة مثل ضرب الزوج زوجته، ونحو ذلك مما سبق ذكره[٣].

واتفق العلماء على أنه لا ضمان على الفصاد والبزاغ والختان والحجام إذا سرت جراحاتهم إلى النفس، كما أسلفنا سابقاً، لأن فعلهم مباح مأذون فيه.

وأما سراية القصاص فمختلف فيه:

قال أبو حنيفة: إذا اقتص[٤] شخص من آخر لقطع يده، فقطع المجني عليه يد

(١) راجع فتح القدير: ٤/ ٢١٧، تبيين الحقائق: ٣/ ٢١١، مجمع الضمانات: ص٢٠١، البدائع: ٧/ ٣٠٥، حاشية ابن عابدين: ٣/ ٢٠٨، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٥٥، المغني: ٨/ ٣٢٧.

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داوود وابن ماجه، وفي روايتهما: «لا أدي - أي لا أعطي ديته- أو ما كنت أدي من أقمت عليه الحد إلا شارب الخمر، فإن رسول الله ﷺ لم يسن فيه شيئاً، وإنما هو شيء قلناه نحن» ومعنى «لم يسنه»: لم يقدره ولم يوقته بلفظه ونطقه، مما يدل على أن الخمر لم يكن فيه حد مقدر محدود من الرسول عليه السلام، فهو من باب التعزيرات، فإن مات ضمنه الإمام.

(٣) المهذب: ٢/ ٢٨٩، الميزان: ٢/ ١٧٢، نيل الأوطار: ٧/ ١٤٠- ١٤٥.

(٤) إذ من المعلوم أن ولي الدم له استيفاء القصاص بنفسه بإشراف الحاكم كما ذكرنا سابقاً.

الجاني، فمات من ذلك، ضمن الدية، لأنه استوفى غير حقه، إذ حقه القطع، وكذلك يضمن الأرش أي دية العضو إذا قطع شخص إصبعاً من يد رجل، فشلت الكف، أو شلت أصبع آخر جنبها، فعليه دية اليد. والقاعدة عنده في ذلك وأمثاله هي أن «الجناية إذا حصلت في عضو فسرت إلى عضو آخر، والعضو الثاني لا قصاص فيه، فلا قصاص في العضو الأول، ولكن فيه الدية».

وقال الصاحبان: لا شيء على المقتص في الحالة الأولى وهي قطع اليد قصاصاً، لأن الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع، فكان المقتص مثل الحاكم الذي يقطع يد السارق مثلاً، وتجب دية اليد في الحالة الثانية ولا قصاص[(١)].

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: لا ضمان على المقتص بسريان القصاص إلى النفس أو العضو أو المنفعة، لأن السراية حصلت من فعل مأذون فيه مثل بقية الحدود، ويؤيده أن عمر وعلياً قالا: «من مات من حد أو قصاص لا دية له، الحقّ قتله»[(٢)].

وأما إذا أتلف الحاكم شيئاً في غير حالة تطبيق العقوبات، أثناء قيامه بمصلحة من المصالح العامة، فضمان المتلفات على الدولة باعتبارها شخصية معنوية يمثلها هو، قال ابن عبد السلام: «إن الإمام أو الحاكم إذا أتلف شيئاً من النفوس أو الأموال في تصرفهما للمصالح، فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام، لأنهما لما تصرفا للمسلمين، صار كأن المسلمين هم المتلفون، ولأن ذلك يكثر في حقهما، فيتضرران به»[(٣)].

---

(١) البدائع: ٧/ ٣٠٥- ٣٠٧، تكملة فتح القدير، ٨/ ٣١٩، تبيين الحقائق: ٦/ ١٣٦ .

(٢) المهذب: ٢/ ١٨٨، ١٩٠، المغني: ٧/ ٧٢٧، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٥٢ .

(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٥.

الفصل الثاني

ضمان الجناية على ما دون النفس

الجناية على ما دون النفس تشمل كل اعتداء على الأعضاء والجوارح كالجرح والضرب وقص الشعر ونتفه. وهذا يقابل في القانون «جريمة الضرب والجرح».

وهذه الجناية ليس فيها شبه عمد، إذ لا ينظر إلى آلة الاعتداء، ولا يختلف الحكم بالإتلاف باختلاف الآلة، وإنما هي نوعان: عمد أو خطأ[(١)].

فالعمد: هو ارتكاب الجريمة بقصد العدوان. والخطأ: هو قصد فعل لا عدوان فيه كرمي شيء إلى الطريق فيصيب به شخصاً فيجرحه.

فإن توافر العمد وجب القصاص، إذا توافر شرط إمكان المماثلة بين الجريمة والعقوبة بأن يكون محل الجريمة منضبطاً محدداً. وإن كانت الجريمة خطأ وجب **أرش الجناية**، والأرش نوعان: مقدر، وغير مقدر، فالأول: هو ما حدد الشرع مقداره كدية أطراف الإنسان، والثاني: هو ما لم يقدر الشرع فيه مقداراً معيناً، وإنما فوض القاضي في تقديره، وهذا هو المسمى **حكومة العدل**.

وجرائم الاعتداء على ما دون النفس أنواع أربعة[(٢)]:

---

(١) تكملة فتح القدير: ٨/ ٢٧٠، الكتاب للقدوري مع شرحه اللباب: ٣/ ١٤٧.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٩٦، تبيين الحقائق: ٦/ ١٣١ وما بعدها، الكتاب وشرح اللباب: ٣/ ١٥٦ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٤١١.

١- **إبانة الأطراف ونحوها**: مثل قطع اليد والرجل، والإصبع والظفر، والأنف، واللسان، وعضو التناسل أو توابعه عند الرجل، والأذن والشفة، وفقء العين، وقطع الشُّفْر(١) أو الجفن، وقلع الأسنان وكسرها، وحلق شعر الرأس، واللحية، والحاجبين، والشارب.

٢- **إزالة منفعة الأعضاء**: مثل تفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاد والبطش والمشي، وتغير لون السن إلى السواد أو الحمرة أو الخضرة ونحوها، وإذهاب العقل.

٣- **الشجاج**: وهي جراح الرأس والوجه فقط، وهي إحدى عشرة شجة عند الحنفية:

١- الخارصة: وهي التي تخرص الجلد أي تشقه دون أن يظهر منها الدم.

٢- الدامعة: هي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين.

٣- الدامية: هي التي تسيل الدم.

٤- الباضعة: هي التي تبضع اللحم أي تقطعه.

٥- المتلاحمة: هي التي تذهب اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه.

٦- السِّمحاق: هي التي تصل إلى السمحاق: وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس.

٧- المُوضِحة: هي التي توضح العظم أي تظهره.

٨- الهاشمة: هي التي تهشم العظم أي تكسره.

٩- المنقَّلة(٢): هي التي تنقل العظم عن موضعه بعد كسره.

١٠- الآمة: هي التي تصل إلى أم الدماغ وهي الجلدة التي فيها الدماغ.

---

(١) الشفر بضم الشين جمع أشفار: وشفرا المرأة فيهما دية كاملة: وهما اللحمان المحيطان بحرفي فرج المرأة إحاطة الشفتين بالفم. وأشفار العيون أي الجفون، في كل شفر منها ربع دية.

(٢) المنقلة: بتشديد القاف، مفتوحة أو مكسورة.

١١- الدامغة: هي التي تخرق جلدة أم الدماغ، وتصل إلى الدماغ.

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة: أن الشجاج عشرة بحذف الثامنة عند مالك فهي من جراح البدن عنده، وبحذف الثانية عند الشافعية وأحمد[(١)].

٤- **الجراح**: وهي الجروح التي تحدث في الجسد ما عدا الرأس والوجه وهي نوعان: جائفة، وغير جائفة.

فالجائفة: هي الجراحة التي تصل إلى جوف الإنسان من أي مكان في الصدر أو البطن أو الظهر أو الجنب أو الحلق أو مجرى البول أو الغائط.

وغير الجائفة: هي التي لا تصل إلى الجوف كجراحة اليد والرجل والرقبة.

وأما عقوبات هذه الجنايات على ما دون النفس فهي: القصاص أو الدية أو الأرش.

أما القصاص: فيشترط له شرائط عامة وخاصة: وقد ذكرنا الشرائط العامة سابقاً: وهي أن يكون الجاني عاقلاً بالغاً متعمداً مختاراً وأن يكون المجني عليه معصوم الدم عصمة مطلقة، وألا يكون جزءاً من القاتل بأن كان ولداً له، وأن تحصل الجناية بطريق المباشرة عند الحنفية لا بالتسبب.

وأما الشرائط الخاصة في قصاص الجناية على ما دون النفس فهي[(٢)]:

أولاً: إمكان المماثلة بين الجريمة والعقاب: كقطع اليد اليمنى باليد اليمنى واليسرى باليسرى، والإصبع بالإصبع، والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن... وهكذا، لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢/ ١٩٤] ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٦/ ١٢٦] ﴿مَنِ

---

(١) القوانين الفقهية: ص٣٥٠، مغني المحتاج: ٤/ ٢٦، المغني: ٧/ ٧٠٣-٧٠٩، المهذب: ٢/ ١٩٨ وما بعدها.

(٢) البدائع: ٧/ ٢٩٧ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ١١٣، ١٥٥، الشرح الكبير: ٤/ ٢٥٢، القوانين الفقهية: ص٣٤٥، المهذب: ٢/ ١٧٧- ١٨١، مغني المحتاج: ٤/ ٢٥ وما بعدها، المغني: ٧/ ٧٠٣.

عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا﴾ [غافر: ٤٠/٤٠] ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٥/٤٥] ولا قصاص في كسر العظم والرض لعدم الوثوق بتحقيق المماثلة، لأن الكسر لا يمكن ضبطه.

ثانياً: إمكان استيفاء القصاص من غير حيف ولا زيادة: يمتنع القصاص إذا تعذر استيفاؤه، لأن القصاص مبني على أساس المماثلة، فإذا كانت الجريمة منضبطة كالقطع من المفصل مثلاً، أمكن استيفاء القصاص. وإن لم يمكن الاستيفاء كالشجاج في الرأس أو الجراحة في الجوف، فلا قصاص وتجب الدية فقط.

ثالثاً: المساواة في صحة الأعضاء: لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلاء حتى لا يكون المقتص آخذاً أكثر من حقه، والعكس جائز عند جمهور الفقهاء، وغير جائز عند المالكية.

رابعاً: التكافؤ بين الجاني والمجني عليه: وهذا الشرط متفق عليه من حيث المبدأ بين فقهاء المذاهب الأربعة، لكنهم اختلفوا في تطبيقه؛ فالتكافؤ عند الحنفية يكون بالحرية والجنس[(١)] فلا قصاص بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس، ولا بين الرجل والمرأة، فيشترط أن يكون الجاني والمجني عليه حرين، وأن يكونا ذكرين أو أنثيين، فإن كان أحدهما حراً والآخر عبداً فلا قصاص فيه، وإن كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة فلا قصاص فيه.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: أساس التكافؤ هو الحرية والإسلام فقط، فلا قصاص بين المسلم وغيره، ويقتص من الرجل للمرأة وعلى العكس فيما دون النفس، كما هو المقرر عندهم في الجناية على النفس، وبناء على ذلك:

يقتص من الجاني في **إبانة الأطراف** كقطع اليد والرجل ومارن الأنف، والأذن، والسن، والعين، والشفة، والإلية، لإمكان رعاية المماثلة. ولا قصاص عند الحنفية خلافاً لبقية الفقهاء في اللسان وعضو الرجل التناسلي، إذ إنه يتعذر معرفة حد معين فيه لانقباضه وانبساطه فلا يمكن تحقيق المساواة بين العقوبة والجناية، قال

(١) البدائع: ٧/ ٣١٠.

الكاساني[١]: «والجراحات فيها القصاص فيما يقدر فيه على القصاص، والأرش فيما لا يقدر عليه».

ولا يقتص من الجاني عند الحنفية **بإذهاب معاني الأطراف** كالسمع والبصر والشم والذوق، لعدم إمكان الاستيفاء على أساس المماثلة.

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يقتص من الجاني بمثل فعله بإذهاب السمع والبصر والشم والذوق والكلام ونحوها.

كذلك لا قصاص عند الحنفية في **الشجاج** التي لا تمكن المماثلة فيها، وهي ما عدا الموضحة، ففيها القصاص باتفاق المذاهب الأربعة لإمكان الاستيفاء على وجه المماثلة. وما عدا السمحاق والباضعة والدامية ففيها القصاص عند أبي حنيفة.

وقال الإمام مالك: يجري القصاص في كل أنواع الشجاج، لإمكان استيفائه، وذلك بأن يقيس الأطباء وأهل المعرفة طول الجرح وعرضه وعمقه، ويشقون مقداره في جسد الجارح.

وقال الشافعية والحنابلة: لا قصاص في غير الموضحة، إذ ليس لها حد معلوم تؤمن معه الزيادة.

ولا قصاص عند أبي حنيفة في **الجراح** أصلاً بنوعيها لعدم إمكان المماثلة[٢].

وقال الإمام مالك: يجري القصاص في كل جراحات الجسد[٣].

وقال الشافعية والحنابلة: يجري القصاص في الجراح إذا كان الجرح منضبطاً في معنى الموضحة من الشجاج بحيث يظهر العظم، لأنه يمكن التماثل حينئذ[٤].

والخلاصة: أن الحنفية أوسع المذاهب في تطبيق عقوبة القصاص بقتل النفس،

---

(١) البدائع: ٧/ ٩٦.

(٢) راجع هذه العقوبات في البدائع: ٧/ ٢٩٨ وما بعدها، ٣٠٦- ٣١٠، الهداية وتكملة الفتح: ٨/ ٢٧٣ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ١١١ وما بعدها، ١٣٣، درر الحكام: ٢/ ٩٥ وما بعدها، الدر المختار: ٥/ ٣٩٠ وما بعدها.

(٣) القوانين الفقهية: ص٣٥٠ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير: ٤/ ٢٥١- ٢٥٣ .

(٤) مغني المحتاج: ٤/ ٢٦ وما بعدها، المهذب: ٢/ ١٧٨، المغني: ٧/ ٧٠٣- ٧١٠ .

وأضيق المذاهب في القصاص فيما دون النفس، والمذاهب الأخرى على العكس. ولا قصاص كما ذكرنا سابقاً في الجراحات حتى يبرأ الجرح، لأن المعول عليه ما يؤول إليه الجرح، إذ إنه قد يسري إلى النفس فيكون قتلاً.

وهناك فروق بين القصاص والحد: منها أن المغلب في القصاص رعاية حق أو مصلحة الفرد، والمغلب في الحد رعاية حق أو مصلحة الشرع أي مصلحة المجتمع. ومنها أن القصاص يورث، وأن الحد لا يورث، ومنها أن القصاص يقبل العفو، والحد لا يقبل، ومنها أن الشفاعة في القصاص تجوز وفي الحد تجوز إلا قبل الوصول إلى الحاكم[(١)]، روى عبد الله بن عمرو أن النبي ﷺ قال: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد فقد وجب»[(٢)].

وأما الديات والأروش الواجبة بالاعتداء على ما دون النفس فهي ما يأتي:

تجب الدية بدلاً من القصاص إن امتنع تطبيقه بسبب من الأسباب كاختلال شرط من شرائطه أو سقط بأحد أسباب السقوط الآتية: وهي العفو والصلح وموت الجاني.

وفي الاعتداء الخطأ تجب أحياناً دية كاملة عقوبة أصلية، وقد تجب دية ناقصة وهي الأرش.

والأرش نوعان كما ذكرنا سابقاً: مقدر وغير مقدر. فالمقدر: هو ما حدد الشرع له مقداراً معيناً كأرش اليد والرجل. وغير المقدر: هو ما لم يحدد الشرع فيه مقداراً معلوماً، وإنما ترك للقاضي الحرية في تقديره. ويسمى هذا النوع حكومة العدل.

أ- الحالات التي تجب فيها الدية الكاملة:

تجب الدية الكاملة إما بإبانة العضو، أو بإتلاف معناه مع بقاء صورته أو بإزالة جماله المقصود عند الإنسان، وذلك في الأصناف الآتية[(٣)]:

---

(١) انظر المسؤولية المدنية والجنائية للمرحوم الشيخ شلتوت: ص٤٤.

(٢) أخرجه أبو داوود والنسائي والحاكم، وهو حديث صحيح.

(٣) البدائع: ٧/ ٣١١، الكتاب وشرحه اللباب: ٣/ ١٥٥ وما بعدها، تبيين الحقائق: ٦/ ١٢٩ وما بعدها.

١- **ما لا نظير له في الجسم**: وهو الأنف سواء قطع كله أو المارن: وهو ما لان من الأنف وخلا من العظم، واللسان من الناطق سواء قطع كله أو ما يذهب بقدرة الكلام، وعضو الرجل التناسلي سواء قطع كله أو القسم الرأسي منه (وهو الحشفة)، والصلب إذا أزيلت بالضرب القدرة الجنسية، ومسلك البول، ومسلك الغائط، والجلد وشعر اللحية إذا لم ينبت، ففي كل من هذه الأعضاء الستة دية كاملة بقوله عليه السلام: «في النفس الدية، وفي اللسان الدية، وفي الذكر الدية، وفي الأنف الدية، وفي المارن الدية»(١).

٢- **الأعضاء الثنائية في الجسم**: وهي اليدان والرجلان، والعينان والأذنان، والشفتان، والحاجبان إذا لم ينبت شعرهما، والثديان، والحلمتان، والأنثيان (الخصيتان) لقوله عليه السلام: «وفي الأذنين الدية، وفي العينين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الشفتين الدية، وفي البيضتين الدية(٢)». وفي كل واحد منها نصف الدية.

٣- **الرباعيات في الجسم**: وهي أشفار العينين وهي الجفون أو منابت الهداب إذا لم تنبت بعد الجناية، والأهداب وهي شعر الأشفار إذا لم تنبت، ففيها الدية، وفي كل شفر منها أو هدب ربع الدية.

٤- **العشريات في الجسم**: وهي أصابع اليدين، وأصابع الرجلين، ففي قطعها دية كاملة، وفي كل إصبع منها عشر الدية.

وتجب الدية كاملة بإذهاب معاني أو منافع الأعضاء مع بقاء العضو صورة: وهي إذهاب إحدى الحواس الخمس (السمع والبصر والشم والذوق واللمس) وإذهاب إحدى المعاني الخطيرة في الإنسان، وهي العقل والنطق والمشي والبطش

---

(١) أخرجه أبو داوود في المراسيل والنسائي وابن خزيمة وابن الجارود وابن حبان وأحمد من حديث عمرو بن حزم في الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ إلى أهل اليمن في تحديد مقادير الديات.

(٢) في نفس حديث عمرو بن حزم السابق تخريجه.

والقدرة الجنسية[١]، لقوله عليه السلام: «في السمع الدية»[٢] «في المشام الدية»[٣] «في العقل الدية»[٤].

ب- ما يجب فيه الأرش المقدر:

يجب الأرش المقدر في الأعضاء، والشجاج، والجراح[٥].

ففي الأعضاء أو الأطراف التي فيها دية كاملة: يجب بعض الدية بإتلاف طرف منها، ففي اليد أو الرجل أو العين أو الأذن الواحدة أو الثدي الواحد نصف الدية.

وفي كل شفر من أشفار العين أو هدب منها ربع الدية.

وفي كل إصبع من أصابع اليد أو الرجل عشر الدية.

وفي كل سن من الأسنان خمس من الإبل، لقوله عليه السلام: «وفي السن خمس من الإبل»[٦].

وأما الشجاج: فيجب فيها أرش مقدر إذا كانت موضحة فما بعدها، ففي الموضحة خمس الدية[٧] أي خمس من الإبل لقوله عليه السلام: «في الموضحة خمس من الإبل»[٨]، وفي الهاشمة عشر الدية أي عشر من الإبل، وذلك مروٍ عن زيد بن ثابت. وفي المنقلة عشر ونصف عشر الدية أي خمس عشرة من الإبل، لقوله عليه السلام: «في المنقلة خمس عشرة من الإبل»[٩]. وفي الآمة أو المأمومة

---

(١) البدائع، المكان السابق، ٣١٦، ٣١٨، الدر المختار: ٥/ ٤٠٨، تكملة فتح القدير: ٨/ ٣١٣، ٣١٥، تبيين الحقائق: ٦/ ١٩٢.

(٢) رواه البيهقي من حديث معاذ بن جبل.

(٣) في حديث عمرو بن حزم السابق تخريجه.

(٤) في حديث عمرو بن حزم.

(٥) البدائع: ٧/ ٣١٤ وما بعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/ ٤١١، درر الحكام: ٢/ ١٠٥ وما بعدها.

(٦) في حديث عمرو بن حزم.

(٧) لعلّها نصف العشر.

(٨) في حديث عمرو بن حزم.

(٩) في حديث عمرو بن حزم.

ثلث الدية لقوله عليه السلام: «وفي المأمومة ثلث الدية»[١] وفي الدامغة ثلث الدية.

وأما الجراح: ففي الجائفة (وهي التي تصل إلى الجوف) ثلث الدية لقوله ﷺ: «وفي الجائفة ثلث الدية»[٢].

ج - ما يجب فيه أرش غير مقدر (حكومة عدل):

إذا لم يحدد الشرع مقداراً معيناً من المال في عقوبات الجنايات، وجب على القاضي تقدير التعويض بالاستعانة بالخبراء، ففي الأعضاء: إذا لم تجب الدية الكاملة وجب أرش غير مقدر مثل جدع جزء من الأنف غير المارن، ومثل لسان الأخرس، وكسر عظم غير السن.

وفي المعاني أو الحواس إذا لم تجب دية كاملة وجب الأرش، ففي حالة إضعاف السمع أو تسويد الوجه مثلاً: يقدر القاضي تعويضاً ملائماً. قال الحنفية خلافاً للشافعية: وفي الإصبع الزائدة، وعين الصبي وعضوه التناسلي ولسانه: حكومة عدل إذا لم تعلم صحة أعضائه المذكورة بنظر في العين وحركة في العضو وكلام اللسان، لأن المقصود من هذه الأعضاء هو المنفعة، فإذا لم يعلم كونها سليمة فيجب بإتلافها أرش كامل.

وفي الشجاج: يجب في الخارصة، والدامغة، والدامية، والباضعة، والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل، إذ ليس فيها أرش مقدر شرعاً، ولا يمكن إهدار الجريمة، فوجب أرش غير مقدر.

وفي الجراح: يجب في غير الجائفة حكومة عدل[٣]. وهكذا كل اعتداء لم نجد له في الشرع مقداراً معيناً من التعويض، يحكم فيه بالأرش غير المقدر، وهذا أظهر حالات الضمان في الجنايات على الأنفس.

---

(١) في حديث عمرو بن حزم.

(٢) في حديث عمرو بن حزم.

(٣) البدائع: ٣١٦/٧، ٣١٩، الدر المختار: ٤١١/٥ وما بعدها، ٤١٣، تكملة الفتح:٨ ص٣١٧، درر الحكام: ١٠٥/٢ وما بعدها، تبيين الحقائق، المكان السابق ١٣٥.

وأما الضروب أو الجراح التي لا تحدث أثراً فلا شيء فيها عند أبي حنيفة. وقال محمد: على الجاني أرش الألم أي بقدر ما لحق المجني عليه من الألم. وقال أبو يوسف: على الجاني أن يدفع نفقات العلاج من ثمن الدواء وأجرة الأطباء وما ترتب على المجني عليه من النفقة حتى يبرأ[١]. وقول الصاحبين يساير القوانين السائدة حالياً.

---

(١) هكذا نسب القولان للصاحبين في المبسوط (٢٦/ ٨١) وأما ما عداه من الكتب كالدر المختار (٥/ ٤١٥) وتبيين الحقائق (٦/ ١٣٨) ففيها نسبة القولين على عكس ذلك. وقد أشار إليه أيضاً الدكتور المحمصاني (انظر نظرية الموجبات: ١/ ١٥٥).

الفصل الثالث

ضمان الأموال
بسبب الجرائم المخلة بالأمن

إذا ارتكبت جريمة من جرائم الاعتداء على الأموال، فعوقب الجاني بعقوبة بدنية كالجلد والحبس والقطع، فهل يكون ضامناً المال لصاحبه على الرغم من هذه العقوبة؟

نبحث هذا الموضوع في الجرائم التالية:

السرقة، المحاربة، والبغي، والردة.

أ- جريمة السرقة:

تُثار في قضية السرقة مسألة هامة، وهي: هل يجتمع ضمان المال مع العقاب وهو قطع اليد؟

لا خلاف بين الفقهاء أنه إذا قطعت يد السارق، والمسروق قائم موجود عنده، رد على صاحبه، لأنه ما زال ملكاً له ولقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذته حتى تؤديه». فإن كان تالفاً أو مستهلكاً عند تنفيذ العقوبة، اختلف العلماء في شأنه:

فقال الحنفية: إذا هلك المسروق فلا يغرم السارق مثله أو قيمته إذا عوقب عقاب السرقة، لأن المبدأ عندهم ألا يجتمع حد وضمان. فإن اختار المسروق منه تغريم السارق، لم يعاقب عقاب السرقة وهو قطع اليد اليمنى في أول سرقة، وإن اختار تنفيذ العقاب عليه، ونفذ لم يغرم السارق، لأن الشرع سكت عن الغرم، فلا يجب مع الحد شيء، قال تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا

كَسَبَا﴾ [المائدة: ٥/ ٣٨] فالله سبحانه جعل قطع اليد كل الجزاء، فلو أوجبنا الضمان على السارق، لصار القطع بعض الجزاء، فيكون ذلك نسخاً لنص القرآن، ولا يثبت النسخ إلا بمكافئ للقرآن في درجة الثبوت(١)، ويؤيده قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»(٢) وتعليل قاعدة أن «القطع والضمان لا يجتمعان» عند الحنفية: هو أن السارق لو ضمن المسروق من حين الأخذ، مما يترتب عليه أن يحصل القطع أو العقاب والشيء في ملك نفسه، وذلك لا يجوز(٣)، لأن المضمونات تملك عندهم من وقت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره، كما ذكرنا سابقاً.

وقال المالكية: إن كان السارق موسراً عند إقامة الحد وهو القطع وجب عليه القطع والغرم تغليظاً عليه، وإن كان معسراً لم يطالب بقيمة المسروق، ويجب القطع فقط، ويسقط الغرم تخفيفاً عنه بسبب عذره بالفاقة والحاجة(٤).

وقال الشافعية والحنابلة: إذا تلف المسروق في يد السارق ضمن بدله: برد مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، سواء أكان السارق موسراً أم معسراً، قطع أو لم يقطع، فلا يمنع القطع وجوب الضمان، لاختلاف سبب وجوب كل منهما، فالضمان يجب رعاية لمصلحة الفرد وهو المسروق منه، والقطع يجب رعاية لحق الله تعالى أي حق المجتمع، فلا يمنع أحدهما الآخر، كالدية والكفارة فإنهما يجتمعان في جزاء القتل الخطأ مثلاً(٥).

---

(١) البدائع: ٧/ ٨٤، فتح القدير: ٤/ ٢٦١، المبسوط: ٩/ ١٥٦، تبيين الحقائق: ٣/ ٢٣١، مجمع الضمانات: ص٢٠٣.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه بلفظ «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه» ورواه النسائي في سننه من حديث عبد الرحمن بن عوف بلفظ «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد» وقال: هذا مرسل وليس بثابت. وقال الزيلعي عن الرواية التي ذكرناها: غريب بهذا اللفظ.

(٣) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني: ص١٠٧.

(٤) بداية المجتهد: ٢/ ٤٤٢، القوانين الفقهية: ص٣٦٠، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: ٤/ ٣٤٧.

(٥) المهذب: ٢/ ٢٤٨، مغني المحتاج: ٤/ ١٧٧، المغني: ٨/ ٢٧٠، الإفصاح: ص٣٦٤ وما بعدها.

ب- جريمة المحاربة أو قطع الطريق:

المحاربون أو قطاع الطرق: هم عصابات اللصوص الذين يقطعون الطريق على الناس، ويأخذون أموالهم سلباً ونهباً قهراً عنهم، أو يقتلونهم علانية.

والكلام في تضمينهم الأموال كالكلام في السرقة: فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا أخذ المحاربون المال، وأقيمت فيهم حدود الله تعالى من قطع أو قتل أو نفي أو صلب، فإن كانت الأموال موجودة ردت إلى مالكها، وإن كانت تالفة أو معدومة، ففي شأن تضمينها لهم خلاف بين فقهائنا.

قال الحنفية: لا يجمع بين الحد والضمان، لقوله عليه السلام: «إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه»[1] ولأن التضمين يقتضي التمليك، والملك يمنع إقامة الحد، فلا يجمع بينهما[2].

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: يجتمع الحد والضمان كما هو الحكم في السرقة، لأن المال عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية، فيجب ضمانها إذا كانت تالفة، كما لو لم يقم عليه الحد، ولأن الحد والغرم حقان يجبان لمستحقين مختلفين، فجاز اجتماعهما معاً في وقت واحد كاجتماع الكفارة التي هي واجب ديني لله تعالى، والدية التي هي واجب مالي محض للمجني عليه[3].

ج- جريمة البغاة:

البغاة: هم قوم لهم شوكة ومنعة، خالفوا جماعة المسلمين في بعض الأحكام الشرعية بتأويل نص للتوصل إلى حق أو ولاية، وتحصنوا في بلدة من البلاد، ونظموا ثورة مسلحة على غيرهم، وطبقوا أحكامهم فيما بينهم، كالخوارج ونحوهم.

وأما تضمينهم ما أتلفوه من الأنفس والأموال، فاتفق الحنفية والمالكية

---

(١) لفظ هذا الحديث المرسل هو «لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد».
(٢) البدائع: ٧/ ٩٥، فتح القدير: ٤/ ٢٧١، مجمع الضمانات: ص١٧٢.
(٣) شرح الدردير: ٤/ ٣٥٠، مغني المحتاج: ٤/ ١٨٢، المغني: ٨/ ٢٩٥، ٢٩٨.

والحنابلة، والشافعية في أظهر القولين عندهم(١): على أنه لا يضمن البغاة ما أتلفوه حال الحرب من نفس ولا مال. بدليل ما روى الزهري، قال: «كانت الفتنة العظمى بين الناس، وفيهم البدريون فأجمعوا - أي في وقائعهم كوقعة الجمل وصفين - على ألا يقام حد على رجل استحل فرجاً حراماً بتأويل القرآن، ولا يقتل رجل سفك دماً حراماً بتأويل القرآن، ولا يغرم مالاً أتلفه بتأويل القرآن»(٢)، ولأن البغاة طائفة ممتنعة بالحرب بتأويل سائغ ظاهراً، فلم تضمن ما أتلفت على الطائفة الأخرى وهم جماعة المسلمين، ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة ووحدة الجماعة، فلا يشرع كتضمين الأعداء الحربيين. قال العز بن عبد السلام: «ولا يتصف إتلافهم بتحليل ولا تحريم ولا إباحة، لأنه خطأ معفو عنه»(٣).

واتفق هؤلاء الفقهاء أيضاً على أن إتلاف الجماعة لأنفس وأموال البغاة لا إثم ولا كفارة فيه، ولا ضمان لما أتلفوه عليهم لخبر الزهري السابق، ولأن الجندي المحارب لهم قد فعل ما أمر به، وقتل من أحل الله قتله وأمر بمقاتلته في قوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَٰتِلُواْ ٱلَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِۚ﴾ [الحجرات: ٤٩/٩]. فتكون أموالهم كأنفسهم مهدرة مباحة، وإذا لم يجب ضمان الأنفس، فالأموال أولى بعدم الضمان.

وإذا أتلف البغاة أو جماعة الإسلام مال بعضهم بعضاً قبل استحكام منعة البغاة، أو بعد انهزامهم، فإنهم يضمنون ما أتلفوه من الأنفس والأموال، لأنهم حينئذ غير معذورين بجناياتهم، فتكون الأنفس والأموال معصومة محترمة لا يجوز التعرض لها.

---

(١) المبسوط: ١٠/ ١٢٨، البدائع: ٧/ ١٤١، فتح القدير: ٤/ ٤١٤، بداية المجتهد: ٢/ ٤٤٨، شرح الدردير: ٤/ ٣٠٠، القوانين الفقهية: ص٣٦٤، المهذب: ٢/ ٢٢٠، مغني المحتاج: ٢/ ٢٧٧ وما بعدها، ٤/ ١٢٥، المغني: ٨/ ١١٣، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، القواعد لابن رجب: ص٢٠٧، الإفصاح: ص٣٥٠، رحمة الأمة بهامش الميزان: ٢/ ١٣٠ .

(٢) ذكره أحمد في رواية الأثرم واحتج به (نيل الأوطار: ٧/ ١٦٩) .

(٣) قواعد الأحكام: ٢/ ١٦٥ وهذه هي إحدى الحالات المستثناة من قاعدة «من أتلف شيئاً عمداً بغير حق لزمه الضمان جبراً لما فات من الحق».

د- جرائم المرتدين:

المرتدون: هم الذين رجعوا عن دين الإسلام إلى الكفر، سواء بالنية أو بالفعل المكفر، أو بالقول، سواء قاله المرتد استهزاء أو عناداً أو اعتقاداً، وسواء أنكر المرتد كل أحكام الإسلام أم ركناً من أركانه، كقبائل المرتدين الذين أنكروا فرضية الزكاة في خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه.

وحكم هؤلاء كالبغاة لا يضمنون ما أتلفوه في حال القتال، لأن التضمين منفر عن الإسلام(١).

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام: ٢/ ١٦٤، القواعد لابن رجب: ص٢٠٧، كشاف القناع: ٤/ ٩٨، فتح القدير: ٤/ ٤١٤.

الخاتمة

هذه هي نظرية ضمان الأموال والأنفس في الشريعة الإسلامية متينة النسخ قوية البناء محكمة الأساس، توحي بأن الشريعة نظام صالح التطبيق تقيم مسؤولية الإنسان عن أفعاله المدنية والجنائية على أساس من الواقعية والمادية غالباً، فكلما وجد عنصر التعدي وجب ضمان المال، وإذا لم يتوافر ذلك وترتب على الفعل إحداث ضرر بالآخرين، وجب الضمان بالتسبب أيضاً، لذا قال فقهاؤنا: إن الإتلاف سبب للضمان سواء أكان عمداً أم خطأ أم سهواً، وسواء أصدر من كبير راشد أم من قاصر غير بالغ أو من مجنون أو معتوه، وأن المتسبب ضامن وإن لم يتعد.

وبناء عليه فلا يعتد فقهنا بالقصد أو الإدراك والتمييز في نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية، ويعتبر الفعل سبباً للضمان ولو كان الشخص قاصراً.

وأما في نطاق المسؤولية الجنائية فقد ميز الفقهاء نظراً لخطورتها بين العمد والخطأ، فيعاقب الجاني بالقصاص أو بالحد إذا كان كبيراً راشداً مختاراً متعمداً، فإن لم تتوافر نية العمد وجب الضمان المالي.

وأما النظرة الواقعية فتتجلى في أن فقه الإسلام لا يغالي في الحكم بالتعويض، فيحكم به عن كل ما فات المتضرر من ربح أو لحقه من خسارة كما فعل القانونيون، وإنما يراعي مبدأ المقاصة في تحمل الضمان بين الربح والخسارة، أو المبدأ المعروف «الغرم بالغنم» أي المبدأ الذي تقوم عليه نظرية تحمل التبعة، وهو أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره. ويتبين من خلال البحث في هذه النظرية أن الإسلام يعتبر مبدأ احترام الأموال والأنفس والحقوق من النظام العام، أي من نظام المجتمع الأساسي الذي يمس حياة الجماعة في ناحية جوهرية منها، ولكن قد يستثنى بعض الحالات التي تقتضيها الظروف غير العادية كالحرب وتأديب البغاة والمرتدين والضرورات الشرعية، فيحل إتلاف مال الآخرين وأنفسهم في الحدود

التي تتطلبها الضرورة. ويرعى مبدأ احترام الأموال والأنفس اعتباران: قضائي ودياني، فالقاضي يحكم بالتعويض عن المتلفات أو بالقصاص في القتل العمد، أو بالدية مع الكفارة في بقية أنواع القتل، ثم يؤاخذ الجاني ديانة في عالم الآخرة أيضاً لتخطيه حدود الله أي محارمه، ولتجرئه على ارتكاب الحرام المنهي عنه.

والناس في جميع الحقوق والواجبات سواء، لا فرق بين حاكم ومحكوم ووال وفرد عادي، لذا فإن العقوبات الجنائية تطبق على كل إنسان مهما كانت صفته ضماناً لتنفيذ الأحكام الشرعية، والتزاماً لما تستهدفه من حماية الفضيلة والأخلاق وكرامة الإنسان.

ولا يغفل الإسلام مبدأ الاحتياط في العقوبة، فيدرأ الحدود بالشبهات، ويفتح المجال أمام أصحاب الحقوق بالعفو عن الجناة، لما لذلك من أثر كبير في النفوس، ورأب للصدع وحفاظ على الأصول الاجتماعية الدائمة من محبة ومودة وإخاء وتسامح، فضلاً عن أن في العفو عزة للعافين، فما زاد الله عبداً بعفو إلا عزاً، إذ إن في العفو منة وكرماً ومعروفاً ويداً لا تنسى أبد الدهر.

ولا يسأل أحد عن أحد مدنياً كان الفعل أم جنائياً، إذ إن تقرير مبدأ المسؤولية الفردية أو الشخصية سمو بالإنسان وتكريم له وإشعار له بوجوده وفرديته وخطورته في هذه الحياة: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ ولكن هذه الفردية في الإسلام كما هو معلوم ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بما للجماعة من حقوق شتى تقتضيها المصلحة العامة، ويتحقق بها مبدأ التوازن الاجتماعي والاقتصادي بين الناس.

وإذا أردنا العودة إلى التاريخ نجد أن تطبيق أحكام الشريعة في نطاق المسؤولية المدنية والجنائية لم يحدث أي ضجة أو ارتباك، أو تعثر أو شكوى من ظلم، أو تناقض أو خصام، وإنما كان واقع الأمة أحسن بكثير مما عليها الآن من سلام ووئام واستقرار واحترام لحقوق الغير، وهذا أصدق دليل أو شاهد على أصالة الشريعة وصلاحيتها الدائمة للتطبيق وتجاوبها مع فطرة الناس وواقع الحياة الاجتماعية.

وفي الختام نسأله سبحانه تمام الهداية للرشد والصواب والتزام شرعة الله، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

دار الفكر
آفاق معرفة متجددة

للتعرف على البنك، ولتسجيل البطاقة

- بعد التطور المذهل في وسائل الاتصال والمعلوماتية أصبح من الضروري التواصل مع القراء الأعزاء عبر شبكة الإنترنت والبريد الإلكتروني نظراً لسرعته وفعاليته وقلة كلفته .
- لهذا استبدلت الدار بقسيمة القارئ النهم الورقية رقماً تدخله من خلال موقع الدار ، فتنفتح لك بطاقة تسجل عليها المعلومات، ويصبح لك رصيدك من النقاط، وتتسلّم نشرة عن إصدارات الدار ونشاطاتها الثقافية، و تستفيد من حسومات خاصة على الكتب.
- هذه اللصاقة نافذتك للاشتراك في بنك القارئ النهم .

بتواصلك معنا، نرتقي بصناعة النشر

اطلب أيقونة بنك القارئ النهم في موقع دار الفكر وأدخل رقم الكتاب الآتي على الموقع .

256 3328549 1072
نظرية الضمان

e-mail:fikr@fikr.net
www.fikr.com

THEORY OF SECURITY
Nazarīyat al-Ḍamān
Dr. Wahbah al-Zuḥaylī

ضمان الأنفس والأموال بسبب الاعتداء عليها عمداً أو خطأ مما يؤدّي إلى هلاكها أو تلفها يوجب تعويض صاحبها عنها حفاظاً على الحقوق، وصيانة لها من كلّ أذى، وتطبيقاً لمبدأ العدالة الّذي قامت عليه شريعة الله التي ارتضاها لخلقه، وجعلته القانون الأبدي الذي يحكم علاقات النَّاس الاجتماعيَّة، ويستهدفه الحكام والقضاة في قضايا الفصل في الخصومات، لأن للنفوس والأموال حرمة عظيمة عند الله سبحانه، والمال في تقدير صاحبه قرين الرُّوح.

لهذا الموضوع أهمية كبرى في نطاق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لأن أكثر المنازعات تقع فيه، وسؤال العلماء يتردد عنه.

تساؤلات كثيرة حول (الضمان أو التضمين) على حد تعبير فقهاء الإسلام. يقابله عند فقهاء القانون اصطلاح (المسؤوليَّة القانونيَّة عن الفعل الضَّار أو العمل غير المشروع)، نجد إجاباتها في هذا الكتاب (نظريَّة الضَّمان، أو أحكام المسؤوليَّة المدنيّة والجنائيَّة في الفقه الإسلامي) دراسة مقارنة.

DAR AL-FIKR
3520 Forbes Ave., #A259
Pittsburgh, PA 15213
U.S.A
Tel: (412) 441-5226
Fax: (412) 441-8198
e-mail: fikr@fikr.com
http://www.fikr.com/

ISBN 1-57547-488-3
9 781575 474885